COMENTARIOS

AL

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

POR

D. JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO

**Magistrado del Tribunal Supremo, jubilado,
con honores de Presidente de Sala del mismo Tribunal,
Vocal de las Secciones 1.ª y 4.ª de la Comisión general de Codificación,
del Instituto de Reformas sociales y del Consejo Penitenciario
y Abogado del Ilustre Colegio de Madrid.**

CON LA COLABORACIÓN DE VARIOS JURISCONSULTOS

Y UNA INTRODUCCIÓN DEL

EXCMO. SR. D. FRANCISCO DE CÁRDENAS

TOMO II

Cuarta edición, corregida y aumentada.

MADRID

Hijos de Reus, Editores-Impresores-Libreros.

Cañizares, 3 duplicado.

1914

TÍTULO VII

DE LA PATRIA POTESTAD

En todos los pueblos no ha podido menos de reconocerse una institución derivada de la paternidad, que tuviera por fin proteger la conservación y lograr el desarrollo, en el orden físico como en el moral, del sér humano que comienza su vida, y en la sociedad paterna, como en todas, no podía menos de manifestarse el principio de autoridad. Así es que no es posible interpretar literalmente las expresiones de los lombardos cuando dicen *jure longobardorum non filii sunt in potestate patris;* de los franceses, cuando afirma Loysel en sus *Institutions coutumières* que *droit de puissance paternelle n'a lieu*, y de los aragoneses al declarar que *item de consuetudine regni nostri non habemus patriam potestatem* (observancia 2.ª *Ne pater, vel mater pro filio teneatur*).

Para dar su verdadero sentido á las anteriores frases, es preciso tener en cuenta que, en parte por atender más al derecho que al deber, y en parte porque dada la confusión de todas las esferas de la vida en las sociedades primitivas, el padre, á la vez que sus peculiares funciones y las de sacerdote, desempeñó otras de carácter político, resultaba que fué durante la Edad Antigua su poder muy extenso, en ocasiones sus facultades injustas, y que estuvo bastante desatendida la personalidad del hijo. De esta suerte se comprende que en los comienzos del Derecho romano no terminase la patria potestad por el matrimonio del hijo, que tuviera el padre sobre éste derecho de vida

y muerte, y que hiciera suyas sus adquisiciones, llegando á ampliar su potestad al punto de poder matarlo si nacía deforme, lo que autorizaban las leyes espartanas, y de venderlo, que era también derecho reconocido en la generalidad de los pueblos orientales y en Grecia, excepto Tebas.

Refiriéndose á este poder paterno, tan perfectamente copiado por las Partidas, que, como es sabido, permitían al padre, no sólo que vendiera, sino que empeñara al hijo y se lo comiera en caso extremo, protestaban lombardos, francos y aragoneses, diciendo que en sus reinos no existía patria potestad; pues es evidente que no podían aludir á aquella institución de derecho natural, y sí sólo á la potestad del padre sobre los hijos, que era *propium civium Romanorum*. Tanto es esto cierto, que los longobardos tenían leyes muy severas acerca de la patria potestad, que Laferriere consideraba un error la expresión citada de Loysel y que los tratadistas aragoneses admiten la patria potestad en todo lo favorable al hijo (1).

Ocioso es indicar á los lectores de estos *Comentarios* que en la evolución del Derecho romano, al ser sustituídos los principios del derecho civil por el de gentes, en la acepción que tenían ambas denominaciones en Roma, se limitaron las facultades del padre, prohibiendo que castigara los delitos de sus hijos, y permitiéndose que lo hiciera moderadamente respecto de sus faltas, consintiéndose solamente, en caso de extrema necesidad, que vendiera al hijo sanguinolento, reciénnacido, y desenvolviendo la teoría de los peculios, entre otras modificaciones que pudieran citarse. En este sentido, y bajo la influencia del cristianismo y de la teoría de la *mainbournie*, ó sea el poder tutelar y de protección que inspiraba al derecho germano, una vez despojado de sus primitivas tradiciones orientales, se ha transformado la legislación, siendo este principio y el enaltecimiento de la mujer en la familia la base de las reformas admitidas por el derecho

(1) Portolés; *Scholia sive adnotationes ad Repertorium Michaelis Molini*..... Pater, núm. 13.—Lissa: *Tyrocinium Jurisprudentiae forensis*....., lib. I, tít. 9.º Franco y Guillén: *Instituciones* ...., pág. 80.

moderno, que atiende en este punto, ante todo, al deber del padre, sin desconocer por esto los derechos que su cumplimiento le atribuye; regulando estas delicadas relaciones con la sobriedad con que el legislador trata siempre la familia, que, con razón, ha sido denominada por un distinguido jurisconsulto la sensitiva del Derecho.

Con estos ligeros apuntes queda bosquejada la rectificación del concepto de la patria potestad en los tiempos modernos, lo que basta para nuestro objeto, sin que éste exija que examinemos si tiene razón Zachariæ cuando dice que la relajación de los lazos de la patria potestad puede comprometer sagrados intereses sociales, ó si está en lo cierto Janet al afirmar que el sentimiento de la jerarquía se ha debilitado, pero que nuestras afecciones son más vivas; teorías ambas sostenidas en principio respectivamente por D. Benito Gutiérrez y D. Gumersindo de Azcárate en interesantes trabajos de polémica. Algo más importa á nuestro fin examinar la debatida cuestión de si á ideas nuevas en parte deben corresponder nuevas denominaciones, como entendía Berlier. Partiendo de esta base, los ilustres autores del código de Napoleón propusieron que se sustituyese el epígrafe *De la patria potestad* que encabeza el título 9.º de su libro 1.º, poniendo en su lugar *De los derechos y deberes de los padres,* como pretendía Boulay, ó *De la autoridad del padre y de la madre*, según indicó el citado Berlier. Opinamos, sin embargo, en este punto con Maleville, que si suprime la ley la denominación de patria potestad, parece que rechaza la idea; con Tronchet, que, no hablando de autoridad paternal, se debilita algún tanto este principio, y, por último, con Laurent, que no hay obstáculo en que se exprese con un nombre antiguo un concepto nuevo, tanto más cuanto sólo existen modificaciones en algunos aspectos, y lo esencial de la institución ha quedado, como no podía menos de suceder, y cuando en realidad todo este título trata del contenido, extensión y efectos de la potestad paterna. En esta denominación puede quedar comprendida la madre sin inconveniente alguno, refiriendo dicha expresión á la autoridad

de los *padres*, como no queda excluída la mujer al hablar en general de los *hombres*, aunque generalmente se aplique esta palabra al varón.

Parecidas consideraciones han debido hacerse los redactores de los Códigos civiles últimamente publicados. Veamos lo que dicen Rossel y Mentha, al comentar las disposiciones, muy progresivas en este punto, del código suizo: «Nosotros no tenemos ya la *patria potestas* de los romanos, exclusivamente atribuída al padre y establecida sobre todo en interés de este último. Nuestra autoridad paternal, conferida al padre y á la madre, les impone deberes en la misma medida que les asegura derechos: tiende esencialmente á la protección del débil, del niño, cuya integridad moral y porvenir están por encima de todo. Se la podría definir: el conjunto de derechos y deberes que tienen los padres relativamente á la persona y á los bienes de sus hijos, hasta su mayoría ó emancipación, y aun después de éstas en ciertas circunstancias. Como se ejerce colectivamente por el padre y la madre, sería oportuno tal vez renunciar á la antigua terminología y hablar de autoridad parental mejor que de potestad paterna. Pero la frase «autoridad parental» se hubiera prestado al equívoco, pudiendo hacer creer que los ascendientes distintos del padre y la madre eran llamados á una autoridad legal sobre sus descendientes de cualquier grado; se ha resignado, finalmente, á conservar una expresión que está consagrada por la elección de los redactores del Código civil francés» (1).

(1) *Manuel du Droit civil Suisse*, tomo 1.°, pág. 348.

CAPITULO PRIMERO

Disposición general.

ARTÍCULO 154

El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados; y los hijos tienen la obligación de obedecerles mientras permanezcan en su potestad, y de tributarles respeto y reverencia siempre.

Los hijos naturales reconocidos, y los adoptivos menores de edad, están bajo la potestad del padre ó de la madre que los reconoce ó adopta y tienen la misma obligación de que habla el párrafo anterior.

En el primer párrafo de este artículo sanciona el Código la reforma introducida en nuestra legislación por la ley de Matrimonio civil al conceder á la madre potestad sobre sus hijos, en defecto del padre, ó mejor dicho, que reforma el desarrollo de principios proclamados por nuestro antiguo derecho, según reconoce el autor de aquella ley. En efecto; disponía el Fuero Juzgo que «si el padre es muerto, la madre puede casar los fijos é las fijas», para lo que, sin duda, se inspiraba aquel código en que, según indica más adelante, «como la madre non ha menor cuidado del fijo que el padre, por ende mandamos que los fijos que son sin padre é sin madre fasta XV annos, sean llamados huérfanos». Dice, por último, en la ley 8.ª, tít. 1.º, libro 3.º: *Patre mortuo, utrisque sexus filiorum conjunctio in matris potestate consistat.* Estas leyes han originado prolijas discusiones acerca de su alcance, y como aquéllas tienen hoy un interés meramente histórico, nos limitamos á citarlas como precedentes de la actual legislación, de la propia suerte que el Fuero de Cuenca, á

que pertenecen los preceptos *Filii sint in potestate parentum donec contrahant matrimonium, et sint filii familias; si y filius orbatus fuerit altero parente, ille qui superstes fuerit, respondeat pro eo* (1); el Fuero de Plasencia, que concede lo mismo al padre que á la madre el derecho de emancipar (desafijar) al hijo; el Fuero Viejo, que sólo concibe que empieza la tutela legítima «cuando hombre ó mujer muere é deja chicos que non sean de edad»; y el Fuero de Aragón, que trata del tutor, y que algunos comentaristas interpretan en el sentido á que nos venimos refiriendo (2).

Esté ó no apoyada en precedentes históricos la disposición de nuestro Código y de la mayor parte de los modernos, ¿es justa? O por el contrario, ¿han procedido con más acierto los códigos que excluyeron á la madre del ejercicio de la patria potestad? Movidos por un sentimiento nobilísimo la mayoría de los juristas, prestaron su adhesión á dicho enaltecimiento de la mujer en la familia; pero no todos se fijaron en si cabía discutir aquel principio en la esfera de la Filosofía del derecho; y tanto cabe, que el docto Catedrático de la Universidad de Sevilla, don Federico Castro, uno de los decanos de la propaganda krausista en España, expuso, en el Congreso jurídico español de 1886 el concepto que tiene del matrimonio aquella escuela, «en el sentido de ser la armonía de los dos seres más *diversos* que existen dentro de la *unidad* de la especie humana, añadiendo que deben realizar con *igual* autoridad los *varios* fines de la familia; pero que por sus cualidades características son insustituibles en sus distintas funciones, y por esto discrepa el Sr. Castro de la opinión general, al no admitir la patria potestad otorgada á la madre en defecto del padre» (3).

---

(1) Véase sobre la significación de estos preceptos el interesantísimo discurso *La patria potestad como poder conjunto y solidario del padre y de la madre*, leído por D. Rafael de Ureña en el acto de su recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

(2) Martón y Santapau: *Derecho y Jurisprudencia de Aragón*, tomo I, página 274.

(3) Maluquer y Salvador. El Congreso jurídico español. *O mundo legal é judiciario*. Lisboa 25 de Diciembre de 1886.

Es, sin embargo, preciso tener en cuenta que en realidad no existe una división absoluta de los actos de los hijos á que deba atender el padre y los que ha de cuidar la madre, sino más bien la *preponderancia* de uno ú otro en ocupaciones que los dos comparten, y esto se observa claramente en aquello que parece más propio del primero, como es la educación. Por otra parte, en los tiempos modernos que se distinguen por procurar la educación de la mujer, cuyos conocimientos son iguales á veces cuantitativa y cualitativamente á los de los hombres—sin juzgar ahora esta tendencia—, no es posible afirmar que el padre es insustituíble en el ejercicio de funciones á que ha de consagrarse con mayor cariño y noble interés la madre que ningún otro individuo de la familia, siendo esto origen de acierto y previsión, y evitando que se considere postergada ante sus hijos, si no se une á su afecto la autoridad necesaria para hacer cumplir lo que aquél le aconseja.

Nuestro Código, con objeto de dar unidad á la dirección de la familia, reconoce á la madre potestad sobre los hijos en defecto del padre, y en realidad los códigos que le conceden mayores derechos, tienen que hacerlos casi ilusorios, á fin de evitar el dualismo. Así dice el código civil portugués que «las madres participan del poder paterno y deben ser oídas en todo lo que se refiere á los intereses de los hijos; pero al padre es á quien especialmente corresponde durante el matrimonio, como jefe de la familia, dirigir, representar y defender á sus hijos menores, tanto en juicio como fuera de él», y el de Costa Rica que «el padre ejerce la patria potestad, y de ella participa la madre con sujeción á la autoridad de aquél». Lo mismo dispone en su esencia la legislación rusa. Y el mismo código federal suizo, que declara en principio que «el padre y la madre ejercen en común la autoridad paternal durante el matrimonio», concede derecho de decisión al padre en los casos de disentimiento.

El código alemán otorga la patria potestad propiamente dicha al padre. Al lado del padre tiene la madre, durante el matrimonio, el derecho y el deber de cuidar de la persona del hijo,

pero no el derecho de representarlo; y en caso de disentimiento entre el padre y la madre, prevalece la opinión del primero. En defecto del padre pasa la patria potestad á la madre, pero el Tribunal de tutelas debe en ciertos casos—cuando el padre lo haya ordenado, cuando lo pida la madre ó cuando por causas particulares, como la extensión ó la dificultad de la administración de los bienes, lo estime necesario—nombrar un consejero que sostenga y dirija á la madre en el ejercicio de la patria potestad.

Cuando se declara el divorcio, los hijos quedan ó son puestos bajo la potestad del cónyuge inocente, á no ser que tengan menos de tres años, en cuyo caso deben estar al cuidado de la madre si la sentencia no hubiere dispuesto otra cosa. La privación de la patria potestad y de sus derechos no exime, sin embargo, al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que este Código le impone (art. 73).

Es evidente, que al decir el Código que á la madre corresponde la patria potestad en defecto del padre, ha comprendido no sólo el caso de muerte de éste, sino todos aquéllos en que él no pueda ejercerla. Esto acontece tratándose de la ausencia, refiriéndonos naturalmente á lo que por ésta entiende la ley (1), y mientras dure la interdicción civil respecto á los hijos comunes (art. 229). La declaración de prodigalidad no priva de la autoridad paterna (art. 224), y en cuanto á la capacidad de los sordomudos, queda determinada al fijarse la extensión y límites de la tutela (art. 218). En algunos casos se determina que la madre puede ejercer facultades al padre concedidas, como sucede si éste se halla impedido (art. 46).

Cuando la madre que ha de ejercer la patria potestad es menor, debe indudablemente aplicarse el principio que para un caso concreto establece el art. 229, á que antes nos hemos referido, el que dispone que si aquélla fuese menor, obrará bajo la

(1) Véase el tít. 8.° de este libro.

dirección de su padre, y en su caso, de su madre, y á falta de ambos, de su tutor.

Queda por examinar la cuestión de si deben ejercer la patria potestad otras personas que los padres, lo que á juicio de Laurent ofrece algún interés teórico; pero que nosotros creemos que también lo tiene práctico, y especialmente en algunos Estados; por ejemplo, en Méjico, cuyo Código civil establece que la patria potestad se ejerce: 1.º, por el padre; 2.º, por la madre; 3.º, por el abuelo paterno; 4.º, por el abuelo materno; 5.º, por la abuela paterna, y 6.º, por la abuela materna; debiendo corresponder á cada uno de los designados en los casos de muerte, interdicción ó ausencia del llamado en grado preferente. En nuestro derecho no puede caber duda alguna de que los ascendientes no pueden ejercer nunca la patria potestad, desde el momento en que se les confiere la tutela legítima en la forma que determina el artículo 211 del Código, y creemos que puede tener aquí aplicación la doctrina admitida en Francia por el Tribunal de Burdeos, de que los padres pueden impedir que sus hijos tengan relaciones con los abuelos sin necesidad de dar cuenta de su conducta, porque la tesis contraria sería una limitación de la patria potestad. En algunos casos se reconocen á los ascendientes iguales facultades que á los padres en defecto de éstos, por ejemplo, respecto á la licencia para contraer matrimonio; pero también se admite que la conceda el consejo de familia, que nadie sostendrá que ejerce la potestad paterna (art. 46).

Hasta aquí nos hemos referido á la filiación legítima ó á la paternidad legítima, debiendo ocuparnos ahora de las relaciones entre padres é hijos habidos fuera de matrimonio, de que trata la segunda parte del artículo comentado. Nuestro antiguo derecho sólo admitía la patria potestad sobre los hijos legítimos, principio aceptado por la ley del Matrimonio civil, y por esto era la legitimación y no el mero reconocimiento uno de los medios de adquirirla, en cuya teoría se inspiró el Código chileno. Naturalmente, la ley no desamparaba en absoluto á los hijos ilegítimos, puesto que no podía borrar la existencia de un hecho que,

aunque ilícito, debe originar una relación jurídica entre el padre y el hijo; pero se referían los derechos de éste á otras materias, señaladamente á los alimentos. Esta situación era insostenible, y así lo reconocieron los ilustrados ponentes á los que se encomendó el estudio del tema octavo del cuestionario del Congreso jurídico español de 1886 (1). Las dos ponencias presentadas, desechando el sistema del Código italiano, que somete á la tutela del padre ó de la madre durante su menor edad á los hijos reconocidos, acepta el que siguen los de Portugal, el Uruguay, Méjico y otros varios, que conceden á aquéllos la patria potestad. El fundamento de la patria potestad sobre los hijos ilegítimos es el mismo que tratándose de los habidos en matrimonio, pues necesitan igual protección para su desenvolvimiento, ya que por las especiales circunstancias en que están colocados no la requieran mayor. Los derechos de los padres se hallan, sin embargo, limitados por la injusticia con que éstos han procedido, que no consiente muchos de los que sobre los hijos legítimos les conceden las leyes, la imposibilidad en muchos casos de que ambos padres tengan el mismo domicilio y la necesidad de precaver la codicia que los bienes del hijo puede producir en aquéllos, lo que procura evitar el art. 166.

El Código, si bien ha avanzado mucho en esta materia, por las razones que acabamos de exponer, no tanto que comprendiera en su acertada y prudente reforma á todos los hijos ilegítimos; y, en efecto, sólo se refiere á los naturales que, según el art. 119, son los nacidos fuera de matrimonio de padres que al tiempo de concepción de aquéllos pudieron casarse con dispensa ó sin ella. Como dice el artículo comentado, y su razón es evidente, que para este caso se trata de hijos naturales reconocidos, respecto á los casos y forma en que puede practicarse el reconocimiento, nos referimos á la sección primera del capítulo 4.° de este libro. En cuanto á la situación de los demás hijos

---

(1) El tema estaba concebido en los siguientes términos: *Derechos y deberes que nacen de la filiación ilegítima*, siendo ponentes los Sres. D. Nicolás del Paso y Delgado, D. José María Planas y D. Luis Díaz Cobeña.

ilegítimos, deben estar sometidos á tutela, con cuyo objeto debe consultarse el tít. 9.º de este mismo libro y señaladamente los artículos 200, 206, 211 y 212.

Los Códigos más modernos, como el suizo, considerando originada la patria potestad por la generación, no distingue la potestad sobre los hijos legítimos ó naturales.

El Tribunal Supremo ha decidido, con relación á esta parte del art. 154: Primero: Que la patria potestad corresponde al padre natural, no sólo cuando reconoce voluntariamente al hijo, sino también cuando ese reconocimiento se le impone por la autoridad judicial, porque es inherente tal derecho á su cualidad de padre. (Sentencia de 16 de Junio de 1900.) Segundo: Que al precepto del art. 154 del Código no puede dársele efecto retroactivo, y por tanto, que la patria potestad sobre los hijos naturales nacidos antes de regir el Código, corresponde á sus madres, con arreglo á la ley 3.ª, tít. 9.º, Partida 4.ª, no pudiendo arrebatárseles ese derecho para conferirlo al padre natural. (Sentencia de 28 de Abril de 1894.)

Es imposible investigar el fundamento de la patria potestad otorgada á los hijos adoptivos sin juzgar la esencia y alcance de la adopción, por cuyo motivo nos limitamos en este lugar á consignar el precepto del Código, claro y explícito, aplazando su examen para cuando de la adopción nos ocupemos

El Código, no sólo determina que los hijos tienen la obligación de obedecer á los padres mientras permanezcan bajo su potestad, sino que han de tributarles respeto y reverencia siempre. Ahora bien: es preciso averiguar si este precepto, que también establecen los Códigos de Francia é Italia, entre otros, y que es trasunto del principio romano *liberto et filio semper honesta et sancta persona patris at patroni videri debet* (1), tiene eficacia en el derecho positivo, ó si es sólo un consejo muy conforme con la moral y el derecho, pero sin otras consecuencias prácticas que las que producía el deber impuesto á los españolas por la Constitución

(1) Ley 9.ª, tít. 15, libro 37 del Digesto.

de 1812 de ser justos y benéficos. Desde luego es conveniente recordar que los hijos mayores de edad tienen más obligaciones que la de respetar á los padres, y una de ellas es la de pedir su consejo antes de celebrar matrimonio, no pudiendo contraerlo hasta pasados tres meses, si aquél fuese desfavorable. Pero así como en esta cuestión puede y debe intervenir el Estado, se concedería á éste un poder discrecional y arbitrario si pudieran determinar los tribunales cuando se falta al respeto y reverencia debidos. Por esta razón afirma el comentarista francés Demante, que sólo debieran aplicarse las consecuencias de dicho precepto en asuntos criminales, aunque entonces es evidente que los tribunales no aplicarán este artículo, sino los pertinentes del Código penal (1).

Un caso en que parece dudoso si se falta al respeto á que los padres tienen derecho, es cuando se ejercita una acción que puede disminuir en algún modo su consideración y su honor. Esta es materia muy delicada y en que no siempre coinciden lo legal y lo conveniente. En estrictos principios de justicia, quien usa de su derecho á nadie ofende, axioma que recuerda Laurent y que robustece con una decisión del Tribunal de Metz, que declaró que no había infracción del art. 371 del Código francés, análogo en este punto al 154 del nuestro, en el hecho de haber un hijo votado en un consejo de familia la destitución del padre de aquél en el cargo de tutor que desempeñaba, pues entendió que obedecía á la ley. Manifestó, sin embargo, aquel Tribunal que hubiera sido conveniente que el hijo se hubiese abstenido de tomar parte en las deliberaciones y en la decisión, y esta máxima la consideramos la más acertada en estos casos, pues aun la ley

---

(1). El artículo del vigente que hace referencia á este particular es el 603, párrafo 7.°, que castiga con la pena de cinco á quince días de arresto y reprensión á «los hijos de familia que faltaren al respeto y sumisión debidos á sus padres», aunque, en opinión de ilustrados comentaristas, únicamente deben conocer los tribunales de las infracciones que producen escándalo y no puedan reprimir los padres. La ley de Enjuiciamiento criminal sólo permite que estas faltas sean perseguidas por los ofendidos ó por sus legítimos representantes.

de Enjuiciamiento criminal es sabido que permite á los descendientes abstenerse de declarar contra los ascendientes, aparte de otros casos análogos que pudieran citarse.

En resumen: entendemos que ha sido feliz la expresión de un distinguido jurisconsulto de que la patria potestad termina *ante el Estado* ccn la mayor edad ó los restantes medios que el derecho determina y salvas las excepciones indicadas; pero que no acaba nunca la autoridad fundada en la naturaleza, obra del cariño y del respeto

El presente artículo no rige en las provincias forales; pero como es de general aplicación la ley de Matrimonio civil, en todas las regiones españolas se reconoce hoy la patria potestad á la madre. Respecto á los hijos naturales reconocidos existen diferencias entre las legislaciones, pues en Cataluña, por ejemplo, no están sometidos á la patria potestad.

CAPITULO II

Efectos de la patria potestad respecto á las personas de los hijos.

ARTÍCULO 155

El padre, y en su defecto la madre, tienen, respecto de sus hijos no emancipados:

1.º El deber de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos é instruirlos con arreglo á su fortuna, y representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho.

2.º La facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente.

«*Claras razones hay*, dicen las Partidas, *porque los padres é las madres son tenudos de criar á sus fijos: la una es movimiento natural de las cosas á criar é guardar lo que nasce dellas; la otra por razón del amor que han con ellas naturalmente; la tercera porque todos los derechos temporales é espirituales se acuerdan en ello* » En efecto: la acción tutelar de los padres es preciso que se manifieste, ante todo, cuidando de la conservación y desarrollo del organismo físico del hijo, y así lo establecen todos los Códigos.

Nada es más sencillo que fijar este principio, que es de la mayor evidencia; pero nada hay más difícil que determinar su alcance y extensión. No es posible descender hasta los detalles de las leyes alfonsinas, que establecían que deben las madres *nodrescer* á sus hijos, y no cabe admitir otra teoría de carácter general en materia de alimentos que la sentada por el Tribunal Supremo, señaladamente en sus sentencias de 21 de Marzo de 1862 y 29 de Febrero de 1864, de que la cuantía en todo caso

debe graduarse por la cantidad del caudal de la persona que deba dar los alimentos, la clase y condición de quien ha de recibirlos y demás circunstancias que concurran: apreciación y designación sometidas al recto criterio de los tribunales. En una palabra, no cabe más que el arbitrio paterno, y, en su defecto, el judicial.

No menor cuidado que á la conservación del organismo físico, debe prestarse al cultivo del espíritu, á que se refiere el Código, al decir que los padres deben educar é instruir á sus hijos. El empleo simultáneo de estas dos palabras en la forma que lo hace el Código, demuestra que éste ha tenido el buen acuerdo de no reputarlas sinónimas, y tanto no lo son, que la instrucción se refiere al desarrollo de la inteligencia, y la educación tiene un sentido más amplio y general, procurando el desenvolvimiento de todas las facultades físicas y psíquicas.

La instrucción es tarea ardua de determinar en qué sentido es más conveniente darla, y para ello se han escrito multitud de disquisiciones desde la curiosísima de Huarte de San Juan, y por esto el Código no ha podido menos de reservar este asunto al criterio de los padres, y no ha señalado otra norma que la fortuna de éstos. Respecto á la educación ya es más fácil precisar el *mínimum* de conocimientos á que debe extenderse, y es hoy doctrina corriente que cabe que se emplee con este motivo la coacción por el Estado, constituyendo la enseñanza primaria obligatoria una limitación de la patria potestad. Suele haber en este punto dos prejuicios igualmente funestos: uno en el Estado, y otro en los padres. Cree á veces el primero que enseñanza obligatoria equivale á enseñanza oficial, siendo así que sólo debe cerciorarse de que se poseen los conocimientos prescritos en las leyes, háyanse adquirido en la escuela pública, en una institución particular ó en el hogar paterno. Por otra parte, los padres entienden á veces que han cumplido sus deberes enviando sus hijos á las escuelas del Estado, lo que desde luego no creemos que acontece cuando éste admite la instrucción laica, puesto que aun algunos defensores de dicho sistema no dicen que debe ser

antirreligiosa, sino que se abstiene de la enseñanza de la religión, para que los alumnos la aprendan en el seno de la Iglesia, por medio de la enseñanza doméstica ó como tengan por conveniente. En nuestra patria la ley vigente de Instrucción pública dispone lo que sigue: «Art. 7.º La primera enseñanza elemental es obligatoria para todos los españoles. Los padres y tutores ó encargados enviarán á las escuelas públicas á sus hijos y pupilos desde la edad de seis años hasta la de nueve, á no ser que les proporcionen suficientemente esta clase de instrucción en sus casas ó en establecimiento particular. Art. 8.º Los que no cumplieran con este deber, habiendo escuela en el pueblo, ó á distancia tal que puedan los niños concurrir á ella cómodamente, serán amonestados y compelidos por la Autoridad, y castigados, en su caso, con la multa de 2 hasta 20 reales »

El precepto del Código civil de que tratamos tiene su sanción en el penal, puesto que éste se refería á una disposición análoga de la ley de Matrimonio civil. El art. 603 del Código penal preceptúa que serán castigados con la pena de cinco á quince días de arresto y reprensión «los padres de familia que abandonaren sus hijos, no procurándoles la educación que requiera su clase y sus facultades permitan». Este artículo se refiere al abandono moral, y no al material, que castiga el artículo 501; debe aplicarse al padre, y, en su defecto, á la madre, y en nuestro concepto, tratándose, no de niños mayores de siete años, como dice el reputado comentarista Sr. Viada, sino de seis, teniendo en cuenta el precepto antes citado de la ley de Instrucción pública.

Echase en falta en nuestro Código, de todos modos, una protección del Poder público que garantice el cumplimiento de estos deberes de educación tan frecuentemente abandonados por los padres. En los países septentrionales proveen á esta necesidad los tribunales tutelares, quienes, aparte del derecho de privar á los padres de la patria potestad, pueden tomar medidas y disposiciones menos rigurosas encaminadas á la protección del hijo.

Según el Código, tienen además los padres el deber de tener á los hijos en su compañía. Forma, efectivamente, parte de los cuidados que requieren los seres físicos el proporcionarles *lugar donde moren*, como decían las Partidas; pero á la vez es un derecho que corresponde á los padres para cumplir con acierto las obligaciones anteriormente indicadas. Como derecho podría ser renunciado, no así en cuanto es un deber. Entendemos, sin embargo, que cuando sea contrario al interés del hijo, como el deber se impone precisamente en beneficio de éste, podrá el padre disponer que viva separado de su hogar, lo que acontece cuando lo exigen las necesidades de sus estudios ó de su profesión. El Código alemán no da lugar en este punto á cuestión alguna, pues obliga únicamente al padre á *fijar el lugar de residencia* del hijo. El Código civil italiano dispone en su art. 222 que el padre que no encuentre medios para reprimir los extravíos del hijo, puede alejarle de la familia, asignándole, según sus facultades, los alimentos estrictamente necesarios, sin que, según el artículo anterior, pueda abandonar dicha residencia sin autorización del padre. En dicho Código se permite, cual en el nuestro, la reclusión en un establecimiento público, y creemos que cabe suponer en España, como en Italia, que aquellas instituciones no existan, y siendo indudable que uuo de los medios de reforma consiste, en muchos casos en cambiar lo que los positivistas denominan de una manera gráfica medio ambiente, creemos que puede admitirse el caso referido.

En su *Cuestionario del Código civil* presenta el Sr. Navarro Amandi la hipótesis de que un padre que ha consentido que su hijo tenga un establecimiento público comercial con independencia de él, reclame que viva en su compañía cuando vea que aquél goza de prosperidad. Esta cuestión la resuelve el citado comentarista de acuerdo con el Sr. García Goyena y con el buen sentido, sosteniendo que debe quedar á la prudencia del Juez el decidir si el padre procede ó no por codicia.

El Código civil italiano consigna explícitamente la circunstancia de haberse el hijo alistado voluntariamente en el ejército

como excepción al derecho del padre de tenerlo en su compañía. Creemos injustificada dicha tradición del antiguo régimen, pues si bien, como dice Pothier, el interés público debe predominar sobre el privado, no es posible desconocer que es de interés público el ejercicio de la patria potestad, y que antes que el relativo al reclutamiento del ejército está el de educar bien á las nuevas generaciones. Este punto convendría que se aclarase, como lo hace el Código argentino, porque aunque no recordamos ningún precepto de nuestras leyes civiles y militares tan explícito como el del Código de Italia antes referido, es indudable que en la práctica sería muy difícil conseguir que se reconociera el derecho del padre á tener al hijo en su compañía, en el caso de que siendo este último mayor de dieciocho años se hubiese alistado voluntariamente en el ejército.

Ya porque han de procurar los padres el bien de sus hijos, ya porque donde existe una incapacidad la suple el derecho mediante la representación, no cabe dudar de la justicia del precepto que impone á los primeros el deber de representar á los segundos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho; doctrina que con carácter aun más amplio establece el art. 1852 de la ley de Enjuiciamiento civil al disponer que los menores de veinticinco años (lo que ha quedado reformado implícitamente) que se hallen bajo la patria potestad, serán representados en juicio por las personas que los tengan bajo su poder. Es preciso también tener en cuenta que el artículo siguiente preceptúa que en el caso de que los padres del menor sujeto á la patria potestad no puedan representarlas en juicio, se procederá á nombrarles un curador para pleitos.

Corresponde también al padre la facultad de corregir y castigar moderamente á sus hijos. Dado el sentido moderno de la patria potestad, parece hoy exagerada la antigua ley de Lieja, que disponía que «los padres pueden corregir y pegar á sus hijos, sin que puedan ser castigados, á no ser que les produzcan heridas», y que se acomoda mejor á dicho concepto la expresión del Fiscal francés Mr. Talon, que juzga verdaderamente sobe-

ranos á los padres que ejercen con bondad su ministerio. Nada es menos provechoso, sin embargo, que la blandura; pero de esto á los castigos materiales hay un gran paso, dados los progresos pedagógicos que los han hecho innecesarios en la enseñanza y los adelantos en las instituciones penales que han proscrito el palo como medida de corrección. El límite del derecho del padre en esta materia está en el Código penal, pues le es aplicable el art. 431, que castiga al que hiere, golpeare ó maltratare de obra á otro en la forma y condiciones que dicho artículo expresa. No le es aplicable, sin embargo, y parece que tampoco debiera serlo á la madre respecto á las lesiones que causen al hijo excediéndose en su corrección, la agravación del penúltimo párrafo del referido artículo; antes, por el contrario, debe apreciarse como circunstancia atenuante el parentesco.

Los padres tienen sobre sus hijos no emancipados, además de los derechos y deberes que se comprenden en este título, los siguientes, determinados en otros artículos del Código:

Pueden optar, á nombre de sus hijos, por la nacionalidad española, renunciando á toda otra (Art. 18).

Deben concederles licencia para contraer matrimonio. (Artículo 46).

Es necesario que presten su consentimiento en el caso de adopción (Art. 178).

Tienen el derecho de nombrarles tutor y protutor. (Artículo 206).

Pueden emanciparles. (Art. 314).

Son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía, á no ser que demuestren que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. (Art. 1903).

Jurisprudencia.—Declara el Tribunal Supremo, en sentencia de 11 de Octubre de 1902, que si bien la administración de los bienes parafernales corresponde á la mujer, los frutos de esos bienes han de destinarse al sostenimiento de las cargas del matrimonio, una de las cuales es, con arreglo al núm. 1.º del ar-

tículo 155, la alimentación de los hijos, por lo que el marido puede y debe disponer de esos frutos.

Estimando que el deber de los padres de tener á los hijos en su compañía es á la vez un derecho de aquéllos, ha resuelto el mismo Tribunal, en sentencia de 9 de Junio de 1909, que no puede obligarse á un padre á trasladar á sus hijos al lugar donde reside su madre, constituída en depósito judicial, al objeto de que ésta pueda verlos periódicamente, toda vez que no es lícito rebasar los límites de la discreción y la prudencia con medidas atentatorias á aquellos derechos de que sólo procede privar al padre por razón legítima en el juicio correspondiente, ó en la forma debida, si procediera el depósito de los que tiene en su poder.

Corresponde á los padres la facultad de representar á sus hijos menores en todos los actos que les sean provechosos. Podría dudarse, no obstante, de la validez de esos actos cuando el padre ó la madre fuesen también menores de edad. La Dirección general de los Registros, en Resolución de 27 de Noviembre de 1901, ha decidido esta cuestión en el sentido de que la ley confiere la patria potestad á los padres, sin distinción alguna por razón de su edad, por lo que debe estimarse válida é inscribible una partición en que los hijos se hallan representados por su madre menor de edad.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de Octubre de 1890 y 18 de Febrero de 1891, declaran que la representación de sus hijos por los padres cesa cuando aquéllos quedan emancipados por cumplir los veintitrés años, ó por el matrimonio, no pudiendo en tal caso ejercitar ó continuar las acciones de estupro ó de injuria en nombre de los mismos.

En la representación judicial que el art. 155 confiere á los padres, va sobreentendida la obligación de suministrarles *litis expensas*. (Sentencia de 24 de Enero de 1900).

Conforme con esta doctrina, declara la sentencia de 21 de Febrero de 1906, que el padre está obligado á sufragar las expensas y gastos judiciales que se originen á sus hijos naturales

en pleito promovido contra los mismos para impugnar su estado civil, y en los incidentes de dicho pleito.

La sentencia de 21 de Enero de 1903, marca el origen de esa obligación, y los límites en que debe encerrarse ó ser admitida. El deber de los padres, dice esta sentencia, de *representar* á sus hijos no emancipados en el ejercicio de las acciones que puedan redundar en provecho de los mismos, se extiende lógica y racionalmente á sufragar los gastos judiciales ocasionados en el desempeño de esa representación, lo cual no quiere decir que deban pagar los gastos de cualquiera clase de pleitos que en interés de los hijos pueda promover el defensor judicial de ellos, pues su obligación sólo se deriva del hecho de representarle. El hijo no emancipado que litiga contra sus padres para que se les prive de la patria potestad, carece de derecho para exigirles el abono de los gastos judiciales causados en su defensa, porque además de ser en tal caso imposible aplicar la regla general derivada del art. 155, dado que ni el padre los representa de hecho en el juicio, ni legalmente cabe atribuirles tal representación, no existe razón alguna de justicia, ni siquiera de equidad, para imponer al padre demandado una obligación tan contraria al orden de la naturaleza, como lo sería la de contribuir con sus bienes á su propia degradación. Los motivos alegados en apoyo de una doctrina contraria, se fundan todos en dos supuestos igualmente equivocados, ó sean, por una parte en que la obligación en que están los padres de alimentar, instruir y educar á los hijos, implique la de suministrarles litisexpensas con cargo á los bienes de la sociedad conyugal, cuando litiguen representados por el defensor judicial que se les nombre, y por otra parte, en el supuesto de ser equiparable la posición que con respecto á los bienes de la sociedad conyugal ocupan en la familia el hijo y la mujer casada, siendo por el contrario evidente que entre ambos existen sustanciales diferencias que determinan el derecho de la mujer á litis expensas con cargo á los citados bienes de la sociedad conyugal.

Desde otro punto de vista, al parecer distinto, pero eviden-

temente relacionado en el fondo con la misma cuestión, la sentencia de 28 de Mayo de 1904, establece la siguiente doctrina: «Con sujeción á lo dispuesto en el art. 155 del Código civil, una de las obligaciones del padre es, no sólo la de representar en juicio á sus hijos, sino la de defender sus derechos, por lo que es evidente que esta representación y defensa ha de hacerse necesariamente según las circunstancias que concurran en el padre; aun cuando sus hijos carezcan de bienes de fortuna en consonancia con dicho precepto legal, pues la constitución de la familia y la organización de la patria potestad que dentro de ella corresponde á los padres, impone á éstos el deber de atender á todas las necesidades de aquélla con los medios económicos de que puedan disponer, no por razón propiamente tal de litis expensas, sino por la del cumplimiento de los deberes y derechos que al jefe de familia competen según la ley, de donde se infiere que si éste cuenta con medios suficientes de fortuna para litigar en concepto de rico, no hay términos hábiles para otorgarle los beneficios de pobreza, por la consideración de que sean derechos de sus hijos los que se litigan, cuando estos derechos son sostenidos y defendidos por su propio padre.»

Por último, el art. 155 da á los padres la facultad de castigar y corregir á sus hijos, pero han de usar de este derecho moderadamente. Por esto tal facultad no impide la aplicación de pena á los padres cuando se exceden en los límites de la prudencia, de la moderación y de los sentimientos de humanidad con que deben proceder para con sus hijos. (Sentencia de 26 de Noviembre de 1901). Por esto también cabe el depósito de los menores por malos tratamientos de sus padres (sentencias de 30 Octubre de 1894, 11 de Junio de 1896 y 9 de Enero de 1897); y aun la pérdida por igual motivo de la patria potestad. (Sentencia de 16 de Marzo de 1885, hoy art. 171 del Código.)

ARTÍCULO 156

El padre, y en su caso la madre, podrán impetrar el auxilio de la Autoridad gubernativa, que deberá

serles prestado, en apoyo de su propia autoridad, sobre sus hijos no emancipados, ya en el interior del hogar doméstico, ya para la detención y aun para la retención de los mismos en establecimientos de instrucción ó en institutos legalmente autorizados que los recibieren.

Asimismo podrán reclamar la intervención del Juez municipal para imponer á sus hijos hasta un mes de detención en el establecimiento correccional destinado al efecto, bastando la orden del padre ó madre, con el V.º B.º del Juez, para que la detención se realice.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores comprende á los hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos ó adoptivos.

ARTÍCULO 157

Si el padre ó la madre hubiesen pasado á segundas nupcias, y el hijo fuere de los habidos en anterior matrimonio, tendrán que manifestar al Juez los motivos en que fundan su acuerdo de castigarle; y el Juez oirá, en comparecencia personal, al hijo y decretará ó denegará la detención sin ulterior recurso. Esto mismo se observará cuando el hijo no emancipado ejerza algún cargo ú oficio, aunque los padres no hayan contraído segundo matrimonio.

ARTÍCULO 158

El padre, y en su caso la madre, satisfarán los alimentos del hijo detenido; pero no tendrán intervención alguna en el régimen del establecimiento donde se le detenga, pudiendo únicamente levantar la detención cuando lo estimen oportuno.

Corresponde al Estado prestar los medios necesarios para el ejercicio de los derechos, y por este motivo no puede estar más justificado el auxilio de la Autoridad gubernativa cuando los

padres lo reclaman para el ejercicio de los que la ley les señala sobre sus hijos; pero ha sido muy discutida la facultad de aquéllos para recluirlos en un establecimiento público de corrección. Parece, en efecto, que se trata de una reminiscencia del derecho que correspondía al padre en la antigüedad de juzgar con carácter de autoridad pública á sus hijos sobre toda clase de hechos y de ejecutar lo juzgado, y por esto han suscitado alguna oposición los artículos del Código civil que comentamos.

Además, á primera vista parecen que sean principios contradictorios el deber de motivar todos los fallos judiciales y el carácter secreto propio de otro régimen con que se revisten los fundamentos de los acuerdos del padre. También ha suscitado sospechas si la reclusión en un establecimiento público de la clase á que estos preceptos se refieren, dará resultados contraproducentes. Fácilmente quedan contestadas estas objeciones, teniendo en cuenta que, según ha reconocido respecto á fines é institutos análogos el Congreso penitenciario internacional de Stockolmo, no se trata de ejecutar una pena, sino de suministrar educación. Es decir, es este un medio que para cumplir el deber de educar á sus hijos pueden adoptar los padres que carecen de las condiciones que el carácter rebelde ó díscolo de su hijo exigen para su educación; palabra á que damos el amplio sentido que queda expuesto en el comentario al artículo 155. De suerte que quedan sin fundamento todos los argumentos basados en el carácter penal del acto. En cuanto á sus efectos, es indudable que serían perniciosos, tratándose de muchos establecimientos correccionales hoy existentes, y por esto tuvo razón Mr. Lebun al pedir en el Consejo de Estado francés que se suprimiera el derecho de enviar los hijos á una casa de corrección; pero no la tenía menos Mr. Bigot-Préameneu, al afirmar que el artículo se refería á establecimientos bien organizados.

La conveniencia de estos principios es tan evidente, que muchos Códigos civiles, entre ellos los de Francia, Italia y Portugal, los admiten con más ó menos restricciones. Nada de esto existía en España, puesto que en estos casos, ó debía aplicarse

el art. 603 del Código penal, que castiga á los hijos de familia rebeldes á la autoridad de los padres, lo que traía consigo el encono de pasiones anejo á todo procedimiento criminal y las funestas consecuencias que produce la estancia en la generalidad de nuestros presidios, ó podían los padres acudir á un acto de jurisdicción voluntaria, haciendo aplicación de los arts. 63, 65 y 70 de la ley de Matrimonio civil; pero lo que tenía de perjudicial el primer sistema, ofrecía de inseguro y deficiente el segundo. Por este motivo, algunos publicistas, entre los que recordamos al Sr. Armengol y Cornet (1), solicitaron que se adoptasen en nuestra legislación civil los preceptos de varios Códigos extranjeros que antes citamos.

En los países germánicos, en que la patria potestad no está dejada al arbitrio de los padres, sino sometida á la inspección de una autoridad pupilar, el problema de las correcciones no ofrece las dificultades que en el nuestro. Según las legislaciones de Alemania y Suiza, los padres, fuera de los medios correctivos usuales y admitidos por las costumbres, no tienen más que la facultad de dirigirse al Tribunal de Tutelas, quien toma las medidas disciplinarias adecuadas.

Los tres últimos artículos del cap. 2.º que estamos examinando, no necesitan muchas reglas de hermenéutica para su interpretación. Bastan las de analogía para comprender que lo que acerca de las segundas nupcias se dispone en el art. 157 debe aplicarse á las sucesivas, y dada la prescripción del artículo anterior, es innecesario añadir que los Jueces á que se hace referencia son los municipales.

Algo más de especio requiere el juicio de sus preceptos. Tal vez, como hace el Código francés, sería conveniente establecer una diferencia según la edad y no permitir la detención durante un mes de aquéllos que por sus cortos años es excepcional que cometan acciones que denoten gran perversidad y que no baste la autoridad paterna ó materna para corregirlos.

---

(1) *La Escuela de reforma de Barcelona.*—Barcelona, 1885.

Conviene también pensar en si deba existir la posibilidad de recluir en un establecimiento público de corrección al que ejerce un cargo público, cuestión que ofrece mucha complejidad en sus relaciones con las leyes y reglamentos administrativos que rijan el desempeño de cualquier clase de cargos. Los legisladores antiguos no concebían ni aun que estuvieran sometidos á la patria potestad los que ocuparan los puestos que señalan las Partidas, cuyos preceptos interpretó ampliamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Pero los cargos á que dichas leyes se referían, suponen la mayor edad, y si hoy ocurriese el conflicto, es de esperar que lo resuelva el jefe del empleado que incurra en una falta que merezca la corrección paterna dejándolo cesante.

En cambio, consideramos acertado que no se niegue á los padres el derecho de indulto, levantando la detención, por más que esto pueda impedir que se logren los efectos que deba producir ó que se altere el régimen del establecimiento.

Respecto al último artículo notamos una omisión que impide utilizar los efectos de este artículo á algunas familias pobres, y es justo que no se les prive de estos beneficios precisamente á aquellos que cuentan con más escasos medios de educación y con menos condiciones para realizarla. Así lo juzgó con acierto un celoso diputado al presentar en 1884 al Congreso de los Diputados una proposición de ley, todavía no discutida, que se refiere á las Escuelas de reforma y que establece la excepción de los padres que sean pobres de solemnidad, circunstancia que debe consignar el Juez en la orden de reclusión, y sin perjuicio de que el Director del Asilo pueda acreditar la solvencia del padre y exigir el pago de las sumas adeudadas. Evidentemente dicho precepto requiere á su vez las garantías necesarias para evitar que se utilice aquel medio con otro objeto distinto del instituto de los establecimientos á que nos referimos.

Toda esta materia deberá regularse por las disposiciones complementarias del Código relativas á las Escuelas de reforma, si bien no concebimos que se aprueben algunas de las propuestas que estén en pugna con aquél, v. gr., la de no poder

levantar la corrección antes de haber transcurrido la cuarta parte del término consignado en la orden, que se contiene en la antes mencionada proposición de ley (1).

---

(1) Con posterioridad á la primera edición de estos comentarios, y como complemento de las disposiciones del art. 156, se ha dictado la Real orden de 12 de Marzo de 1891, cuyo tenor literal es el siguiente:

«1.° La corrección que con arreglo al art. 156 del Código civil impongan los padres á los hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos y adoptados, la cumplirán éstos, mientras no exista establecimiento destinado al efecto, en alguno de Beneficencia que sea adecuado al objeto, como hospicio, casa de misericordia ú otro semejante, en las poblaciones en donde los haya, y en el local en que se cumplan las correcciones impuestas á los acogidos ó asilados »

«2.° En los pueblos en donde no exista establecimiento de Beneficencia, se destinará un local á propósito para el cumplimiento de estas correcciones, siempre que sea posible, en las Casas Consistoriales de los Ayuntamientos.»

«3.° Sólo en el caso en que no hubiera edificio donde colocar al menor de cuya corrección se trate, en la forma y manera que se determina en los dos párrafos anteriores, ó cuando expresamente el padre ó madre pidiere que la detención tenga lugar en la cárcel ó establecimiento correccional donde se encierren jóvenes criminales, se detendrá en él al hijo díscolo, teniéndolo con la separación posible, y sin que sea filiado en el libro de detenidos ni en ninguno otro especial.»

«4.° Los hijos á quienes se aplique la corrección serán mantenidos, en el caso de pobreza de los padres, por los establecimientos de Beneficencia, ó por los Ayuntamientos, en sus respectivos casos.»

Por Real decreto de 6 de Abril de 1899 se dictan reglas especiales con relación al cumplimiento de las correcciones impuestas por los padres á sus hijos en el Asilo de Santa Rita, establecido en Carabanchel) (Madrid).

En otro Real decreto, fecha 17 de Enero de 1901, se fija el establecimiento penitenciario de Alcalá de Henares, como Escuela Central de corrección y reforma, comprendiéndose en la sección 2.ª los hijos de familia en el caso del art. 156; establecimiento que por Real decreto de 8 de Agosto de 1903 se organizó conforme al régimen tutelar y tratamiento correccional establecido en el de 18 de Mayo del mismo año, y que se rige además por el de 23 de Marzo de 1907, dictando reglas para vigorizar y mejorar el régimen disciplinario y su acción educadora

En otro Real decreto de 28 de Marzo de 1912 se convierte al Asilo de Niños Desamparados de Valladolid en Escuela de reforma para menores abandonados y jóvenes viciosos y delincuentes, que pertenezcan á dicha capital ó sea decretado su internado por los Tribunales de la misma.

Debe también tenerse en cuenta la ley de Protección á la infancia de 12 de Agosto de 1904 y el Reglamento para su ejecución de 24 de Enero de 1908, pues una de las funciones de la protección consiste en la corrección paternal de los rebeldes, incorregibles y delincuentes.

CAPITULO III

De los efectos de la patria potestad respecto á los bienes de los hijos.

ARTÍCULO 159

El padre, ó en su defecto la madre, son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su potestad.

Es esta facultad una consecuencia natural y lógica de la patria potestad y de la presunción de que nadie cuidará de los bienes de los hijos con más cariño y solicitud que los padres. En nuestro derecho antiguo puede decirse que se hallaba reconocida de una manera indirecta aquella doctrina, y así se desprende de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Diciembre de 1864, que se refiere á la ley 24, tít. 13 de la Partida 5.ª De la propia suerte aceptan en general dicho principio los códigos extranjeros, con las limitaciones y requisitos de que trataremos más adelante.

Respecto á esta materia, es preciso traer á colación lo que llevamos dicho anteriormente acerca de los casos en que ejerce la madre la patria potestad, y tener en cuenta lo que respecta á los bienes de los hijos en que corresponde á los padres su administración y las condiciones inherentes á ésta.

El derecho que la ley concede á los padres, ¿es renunciable ó puede ser derogado por convenciones? A juicio de autores muy competentes, es aquél un deber en los padres que afecta el interés público, y que, por tanto, en virtud del art. 4.º de este Código, es irrenunciable. Evidentemente dicha doctrina

tiene por excepción aquellos casos en que el mismo Código concede al hijo sometido á la patria potestad la administración de sus bienes, como veremos al tratar del art. 160, ó bien cuando dispone otra cosa el que le haya hecho alguna donación ó legado, de que se ocupa el art. 162. El hecho de consignarse estos preceptos especiales, confirma la regla general establecida y de la que se aparta el Código civil de Méjico, al permitir que el padre conceda al hijo la administración de sus bienes y le señale una porción de frutos, que es la mitad, si no se determina taxativamente.

El artículo que comentamos se refiere sólo á los bienes de los hijos que están bajo la patria potestad, y en su consecuencia, así que ésta termina ó se suspende por cualquiera de los medios que el derecho reconoce, cesa también la administración de los bienes del hijo que corresponde al padre. Ofrece, sin embargo, interés el investigar si puede concluir en otros casos, de lo que en la legislación extranjera existen ejemplos numerosos, bastando que para comprobarlo citemos el Código civil italiano, el cual dispone que si el padre administra mal los bienes del hijo, el Tribunal, á instancia de un pariente próximo ó del Ministerio público, deberá proceder al nombramiento de curador para sus bienes, y el del Uruguay, que faculta al juez para que, á instancia de los parientes ó del defensor de menores, pueda quitar al padre ó madre en su caso la administración de los bienes de los hijos, probando que es ruinosa para éstos.

El Código suizo reserva á los tribunales de tutelas el derecho á intervenir en la administración de los bienes de los hijos, cuando los padres falten á sus deberes. Y el de Alemania prescribe (art. 1667), que si el patrimonio del hijo corriese peligro, porque el padre faltase á los deberes correspondientes de la administración ó del usufructo legal, ó porque cayese en la insolvencia, deberá el Tribunal de tutelas tomar las medidas necesarias para evitar ese peligro.

Nuestro Código, siguiendo al de Francia, nada establece sobre este particular, y no cabe en el mismo, como autorizados

intérpretes no admiten en cuanto al de Napoleón, que pueda equipararse acerca de su destitución al administrador común, que es un mandatario, mientras que las facultades del padre proceden de la ley y sólo á ella corresponde determinar los casos en que proceda, como hace respecto á los tutores. Para demostrar que no pueden aplicarse estos últimos preceptos, debemos acudir á la regla de analogía; pues respecto al Código civil francés, sobre el que está basado el nuestro en esta materia, ha declarado la jurisprudencia de la nación vecina que la administración legal es esencialmente distinta de la tutela, lo que se comprueba conociendo el criterio que inspiró al Tribunal en este asunto y que con gran claridad expresaron sus individuos.

Ya hemos llamado la atención sobre lo dispuesto en la última parte del art. 162. Pueden donarse ó legarse bienes á los hijos prohibiendo á los padres su administración; pero este caso especialísimo, como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Octubre de 1891, se refiere á bienes determinados, y nunca al patrimonio integral del hijo. Esta misma sentencia afirma la irrenunciabilidad de la patria potestad, y, por tanto, del derecho de administrar los padres los bienes de sus hijos, salvo el caso de emancipación voluntaria.—Tratábase de un padre que en su testamento nombró curador para administrar los bienes de un hijo menor, á pesar de tener éste madre. La misma madre solicitó el discernimiento del cargo al curador, y el Tribunal Supremo resuelve con acierto que los padres no pueden renunciar en todo ni en parte á la patria potestad, ni cabe legalmente dar tutor ó curador á quien tiene padre ó madre.

En Aragón cabe la tutela viviendo uno de los dos padres para los bienes procedentes del premuerto (Obs. 1.ª *De tutoribus.*) Disposición tan extraña obedece á una exageración de aquel principio de la inmanencia de los bienes en las familias ó troncalidad, que tan importante papel juega en nuestras legislaciones forales.

ARTÍCULO 160

Los bienes que el hijo no emancipado haya adquirido ó adquiera con su trabajo ó industria, ó por cualquier título lucrativo, pertenecen al hijo en propiedad, y en usufructo al padre ó á la madre que le tengan en su potestad y compañía; pero si el hijo, con consentimiento de sus padres, viviere independiente de éstos, se le reputará para todos los efectos relativos á dichos bienes como emancipado, y tendrá en ellos el dominio, el usufructo y administración.

ARTÍCULO 161

Pertenece á los padres en propiedad y usufructo lo que el hijo adquiera con caudal de los mismos. Pero si los padres le cediesen expresamente el todo ó parte de las ganancias que obtenga, no le serán éstas imputables en la herencia.

ARTÍCULO 162

Corresponderán en propiedad y en usufructo al hijo no emancipado los bienes ó rentas donados ó legados para los gastos de su educación é instrucción; pero tendrán su administración el padre ó la madre, si en la donación ó en el legado no se hubiere dispuesto otra cosa, en cuyo caso se cumplirá estrictamente la voluntad de los donantes.

Se desarrolla en estos artículos la materia comprendida antiguamente en la doctrina de los peculios, que en Roma fué la expresión en el derecho de propiedad de las transformaciones que sufrió el concepto de la familia, donde antes los hijos, al igual de la mujer, sólo valían en cuanto eran individuos de ella, mientras que después se reconoció su personalidad y relativa independencia. En dicha materia, como en todas, procedieron los romanos lenta y gradualmente, y por esto, aquella teoría se des-

arrolló durante toda la historia del Derecho romano, mezclándose en su desenvolvimiento otros principios, entre ellos los relativos á la necesidad de acrecentar por todos los medios el prestigio del ejército. Así el primer peculio que se establece es el castrense, debido á Augusto; á su imitación crean Teodosio y Valentiniano el cuasicastrense, reconocido á los abogados pretorianos y á otros funcionarios, privilegio que extiende León y Antemio á todos los abogados, y á los obispos y presbíteros. Apareció también el peculio profecticio que constituían los beneficios que obtenían los hijos con los bienes de los padres ó por razón de éstos; y el adventicio, que comprendía los bienes maternos en tiempo de Constantino, los *lucra nuptialia* en el de Teodosio, y todo cuanto adquirieran, en la época de Justiniano. Acerca de estos peculios había reglas muy diversas; pues mientras en el castrense todo era del hijo, sin que tuviera el padre derecho alguno, el profecticio pertenecía por entero á los padres, pudiendo considerarse como situación intermedia la del adventicio, cuya propiedad era del hijo, correspondiendo al padre el usufructo.

¿Tiene la institución del peculio fundamento racional en su esencia? Evidentemente. Recordamos haber leído en las obras de un distinguido publicista inglés un principio que expresa perfectamente la condición económica de la familia. Ha de regirse, dice el escritor á que nos referimos, por una generosidad ilimitada al principio de la vida, templada luego cada vez más por el espíritu de justicia, que tiende á la producción de cada individuo. Por esto, en los comienzos de la existencia el padre provee de bienes al hijo, y más adelante reconoce los que debe á su trabajo. Por otra parte, la afirmación de su personalidad, que está comprendida dentro de la familia, pero sin que ésta la absorba, permite que el hijo pueda tener determinados bienes propios por cualquier motivo, v. gr., la herencia.

Sobre estos bienes es preciso reconocer derechos al padre: 1.º, en interés del hijo, porque nadie los administrará con tanta solicitud que aquel á quien Dios, la naturaleza y la ley han confiado la misión de velar por todos sus intereses desde los más

insignificantes del orden material hasta los más elevados de carácter espiritual; 2.º, en concepto de indemnización por los beneficios que al hijo proporciona al suministrarle condiciones para su vida, lo que es un principio económico de indudable justicia.

De suerte, que no puede desconocerse el fundamento de la teoría del peculio, aunque esto no quiere decir que deban aceptarse por completo las reglas que estableció el Derecho romano, pues aquella forma, como todas las históricas, puede no corresponder á las actuales condiciones económicas que tienden á variar la organización de la familia, presentándose en este punto proyectos de reforma, que parecían excesivamente radicales, como la Falcidia anticipada que defiende Del Vecchio (1), si no afirmase Le Play que es una costumbre admitida de antiguo en los pueblos anglo-sajones y escandinavos.

Los principios que antes indicamos ligerísimamente son la base de los preceptos del Código. En efecto; conceden, salvo contadas excepciones, al padre la administración de dichos bienes y el usufructo de los mismos, negándole este último derecho cuando no haga vida común con el hijo no emancipado, lo que explica los motivos que ha tenido en cuenta el legislador para reconocerlo en los casos que determina.

Se halla, pues, justificada la admisión de los peculios; aunque no el criterio que adoptaron los romanos para su clasificación, sin desconocer el progreso que en aquellos tiempos significaba. De algunas reformas son susceptibles los preceptos que establece nuestro Código, entre ellas la de permitir que los padres puedan conceder al hijo la administración de sus bienes, como hace el Código mejicano, y buscar, aunque la materia es difícil y delicada, algunas reglas de carácter económico que evite, en el caso del art. 161, parecido á una sociedad entre uno ó dos socios capitalistas (los padres) y un socio industrial (el hijo), que á este último no le reconozca el derecho, no ya la pro-

---

(1) *La famiglia rispetto alla società civile e al problema sociale:* Turín, 1887.

piedad ó el usufructo, pero ni siquiera participación alguna en los beneficios, lo que no se acomoda al principio que antes aplicamos á la organización económica de la familia, si bien, según también hemos indicado, ofrece grandes dificultades su desarrollo, dado el especial carácter de las relaciones familiares.

De la letra de los tres artículos que comentamos se desprende que atienden, no, como en nuestro antiguo derecho trasunto del romano, á la persona por medio de la cual se adquieren los bienes, sino principalmente al origen de la adquisición; y cuando, por ejemplo, se trata de una compraventa, es indispensable conocer de dónde procede el dinero que se ha entregado como precio, puesto que serán muy diversos los derechos del hijo, según pertenezca al caudal paterno, proceda de su propio trabajo ó le haya sido legado por un tercero. Si se carece de estos datos, ¿qué criterio se adopta? Nuestra jurisprudencia ha establecido, señaladamente por la sentencia de 14 de Enero de 1861, «que no pueden estimarse como del peculio adventicio los bienes que compre un hijo de familia cuando no prueba que ha ganado la cantidad con que los adquiere por industria ú otro medio de los que la ley determina». De suerte que, generalizando dicho principio, para que al hijo se le reconozcan derechos sobre los bienes que adquiera, es necesario, en caso de litigio, que pruebe que le corresponden.

El final del art. 160 reputa como emancipado al hijo en el caso que determina, y evidentemente cabe que pueda contratar con su padre, pues ya se admitía así, interpretando las leyes 6.ª y 7.ª, tít. 17, Partida 4.ª, respecto á los bienes que constituían el peculio castrense, porque al hijo, en lo que se refiere á dicho privilegiado peculio, se le consideraba como emancipado.

Puede presentarse otra cuestión en lo que respecta á los bienes que adquiera el hijo con su trabajo, y es la de si puede embargarse su sueldo para responder de obligaciones del padre. Este embargo le reputaron ilegal nuestros Tribunales, y así lo afirma la sentencia del Supremo de 5 de Octubre de 1872 por estimar que los emolumentos de un cargo público ú oficial deri-

vado de la ley y de nombramiento de autoridad competente deben considerarse pertenecientes al peculio cuasi castrense. Hoy debe sostenerse igual consecuencia, pues los sueldos, como todo lo que el hijo adquiera con su trabajo, son de su propiedad, y aunque pertenece al padre el usufructo, esto ha de entenderse respecto de los bienes que den frutos ó renta, en cuya clase no puede considerarse el sueldo de un destino.

Si el hijo adquiere un predio en que existen minas ó una mina en las condiciones expresadas en el art. 160 para determinar la extensión del usufructo que al padre corresponde, debe tenerse presente el art. 477 de este Código.

El art. 161 no habla de la administración en los bienes á que se refiere; pero como el 159 es de aplicación general, es indudable que corresponde al padre en todos los casos que aquél menciona.

Al comentar el art. 162 examina un ilustrado comentarista si es posible que en algún caso tenga una persona extraña á la familia ó menos allegada que los padres, más facultades que éstos, puesto que cabe que al nombrar un tercero para administrador de los bienes que lega á un hijo de familia, le releve de la necesidad de solicitar autorización judicial para enajenarlos. Aunque parece esto una anomalía, no conocemos precepto alguno del Código que lo impida. Es más: lo justificó una Resolución de la Dirección general de los Registros de 5 de Noviembre de 1887, porque entendía que basta para garantía de los derechos del menor la previsión del que está más interesado que nadie en dichos bienes y que ha demostrado profesar gran cariño al legatario.

Es preciso tener en cuenta acerca de este particular la disposición 5.ª de las transitorias, que dispone que «quedan emancipados y fuera de la patria potestad los hijos que hubiesen cumplido veintitrés años al empezar á regir el Código; pero si continuaran viviendo en la casa y á expensas de sus padres, podrán éstos conservar el usufructo, la administración y los demás derechos que estén disfrutando sobre los bienes de su peculio, hasta el tiempo en que los hijos deberían salir de la pa-

tria potestad, según la legislación anterior»; y la 6.ª, que establece que «el padre que voluntariamente hubiese emancipado á un hijo, reservándose algún derecho sobre los bienes adventicios, podrá continuar disfrutándolo hasta el tiempo en que el hijo debería salir de la patria potestad con arreglo á la legislación anterior».

Jurisprudencia.—¿Es enajenable el derecho de usufructo concedido á los padres sobre los bienes de sus hijos?

La jurisprudencia ha resuelto esta cuestión en sentido negativo: el derecho de los hijos es preferente al de los acreedores de la sociedad conyugal; los padres no pueden desprenderse de ese derecho.

El Tribunal Supremo, en sentencias de 7 de Julio de 1892 y 27 de Septiembre de 1893, declara que el usufructo legal conferido á los padres, tanto por el art. 60 de la ley de Matrimonio civil, como en el 160 del Código, no se ha establecido en provecho personal y exclusivo del usufructuario, sino en beneficio de la familia por él regida, y con el fin principal de ayudarle á levantar las cargas inherentes á la patria potestad, entre las cuales se cuenta la de criar, alimentar y educar á la prole, resultando por esto subordinado el goce de aquel derecho al cumplimiento de este deber, y prohibiéndose por lo mismo la hipoteca de ese derecho en el art. 108 de la ley Hipotecaria. En su consecuencia, no se infringe la ley al declararse preferente el derecho de los hijos á percibir alimentos con el producto de sus propios bienes, sobre el de cualquier acreedor de sus padres, lo cual no obsta para que el usufructo legal se halle también afecto al cumplimiento de las deudas de la sociedad conyugal, cuando por razón de su cuantía el padre ó la madre se benefician con él después de cubiertas las obligaciones que tienen con relación á sus hijos, siempre que conste ó se acredite la existencia de esos beneficios.

Cuestión difícil la resuelta en estas sentencias, señala el Tribunal Supremo su criterio, quizás más atento al fondo que á la letra de la ley, y, según él, los acreedores de la sociedad

conyugal, para poder cobrar los créditos que tengan contra la misma, con el usufructo legal concedido á los padres sobre los bienes de sus hijos, han de probar que, después de cubiertas todas las necesidades de esos hijos con los frutos de sus bienes, queda á los padres un sobrante ó un beneficio, único sobre el cual no pueden alegar los hijos mejor derecho.

La cuestión es más sencilla cuando se trata de enajenaciones hechas ó gravámenes impuestos voluntariamente por los padres con relación al usufructo legal. Permite el arrendamiento de los bienes en que existe ese usufructo la Resolución de la Dirección general de los Registros de 30 de Agosto de 1897, aun sin autorización judicial. Exige este requisito la de 28 de Mayo de 1893, y estudia de frente la cuestión, con motivo de una hipoteca constituída por el padre, la de 12 de Diciembre de 1902.

Esta Resolución se funda incidentalmente en la doctrina de las sentencias citadas de 7 de Julio de 1892 y 27 de Septiembre de 1903; pero principalmente en que el art. 480 del Código civil, que permite sin distinciones al usufructuario enajenar su derecho de usufructo, no ha derogado los preceptos de los artículos 107, núm. 2.º, y 108, núm. 7.º, de la ley Hipotecaria, que continúan vigentes con arreglo al 1880 del mismo Código, y en que éste muestra claramente su criterio contrario en el art. 1548.

Conformes con este último fundamento y con el que se deriva de la misma naturaleza del usufructo legal de que tratamos, disentimos por completo del argumento que se hace arrancar del art. 1880 del Código, pretendiendo anular el precepto claro y terminante del 480, en relación con el 1874. Pero como de esta materia nos ocupamos con algún detenimiento al comentar el art. 480, evitamos aquí repeticiones innecesarias, y nos referimos al expresado artículo.

Por lo demás, es claro que con las formalidades marcadas en el art. 164 del Código pueden los padres enajenar los bienes inmuebles de sus hijos, y, por tanto, el usufructo sobre los mis-

mos, lo que prueba que en realidad ese usufructo es siempre enajenable, como afirma el art. 480, aunque requiera determinados requisitos su enajenación.

Con relación á la última parte del art. 162, el Tribunal Supremo ha dictado las sentencias de 26 de Diciembre de 1891 y 10 de Diciembre de 1896, ambas referentes á una misma cuestión. Una abuela mejoró en su testamento á un nieto, y nombró curador para el mismo al solo objeto de defender los derechos del mejorado. Pidió el padre que se entendiese que ese curador debía considerarse curador *ad litem* y no *ab bona*, y el Tribunal, en la primera de dichas sentencias, resuelve que, en efecto, el padre es el administrador legal de todos los bienes de sus hijos mientras expresamente no disponga otra cosa el donante ó testador, por lo que, no existiendo esa disposición expresa en el caso citado, el curador debía limitarse á la defensa de los derechos del mejorado, sin mezclarse en la administración.

Más tarde ese mismo curador exige al padre rendición de cuentas con relación á los bienes en que consistió la mejora, y, á pesar de la oposición del padre, que creía menoscabados sus derechos, declara el Tribunal Supremo en la segunda de las citadas sentencias que procede esa rendición, por tratarse de una intervención necesaria del curador, impuesta por la testadora para cumplir el fin que se propuso.

Critícase la doctrina de esta última sentencia; pero el artículo 162 está terminante: ha de cumplirse con todo rigor la voluntad de los donantes, y en el caso resuelto ó el curador quedaba reducido á una simple figura decorativa, ó si había de defender los derechos del nieto sobre los bienes de la mejora, tenía no sólo el derecho, sino también el deber, de vigilar la administración y enterarse de las cuentas.

Más terminante se halla la declaración hecha en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Mayo de 1904. Legó un abuelo á sus nietos determinadas fincas con prohibición de que fueran administradas por sus padres, y designando otras perso-

nas que se encargasen de la administración. Se pretendió la nulidad de tal disposición por considerarla incompatible con la patria potestad. El Tribunal Supremo sienta la importante doctrina siguiente:

«No se han infringido los artículos 158 y 159 del Código civil, porque no se opone al principio consignado en el 159 de que el padre, ó en su defecto la madre, sean administradores de los bienes de los hijos que estén bajo su potestad, el que un extraño, ó el abuelo, con respecto á lo que puede disponer libremente, establezca una administración especial para los bienes con que los beneficie, pues constituyendo en tal caso el legado una liberalidad puramente voluntaria, no sufre por ello desmedro alguno la institución de patria potestad, que, por ser independiente de la voluntad de las personas, es considerada con razón, desde este punto de vista, de derecho público y porque el art. 162 no es una excepción de la regla general contenida en el 159, sino de la consignada en la primera parte del 160, según la que, los bienes que el hijo adquiera con su trabajo ó industria, ó por cualquier título lucrativo, pertenecen á él en propiedad y al padre en usufructo; y por ello, al ordenar el art. 162 que corresponden en propiedad y en usufructo al hijo los bienes ó rentas donados ó legados para los gastos de su educación é instrucción, aunque se agregue que el padre tendrá la administración, si en la donación ó legado no se hubiese dispuesto otra cosa, esto no quiere decir, lo que sería verdaderamente extraño, que fuera de este caso singular, no puede el testador privar al padre de la administración de dichos bienes, deduciéndose antes bien del mismo artículo 162, que en la mente del legislador, tal administración, confiada á un extraño, solo, ó conjuntamente con él, al padre, como en el caso presente, no es atentoria á la potestad paterna.»

ARTÍCULO 163

Los padres tienen, relativamente á los bienes del hijo en que les corresponde el usufructo ó administración, las obligaciones de todo usufructuario ó administrador, y las especiales establecidas en la sección tercera del tít. 5.° de la ley Hipotecaria (1).

Se formará inventario, con intervención del Ministerio fiscal, de los bienes de los hijos en que los padres tengan sólo la administración; y, á propuesta del mismo Ministerio, podrá decretarse por el Juez el dépósito de los valores mobiliarios propios del hijo.

Los comentaristas del código francés han promovido prolijas cuestiones sin llegar á un acuerdo, sobre la manera de suplir el silencio de aquel código acerca de los deberes del padre en esta materia, y en especial respecto á la enajenación de los bienes inmuebles del hijo. Por esta razón creemos que ha obrado acertadamente nuestro legislador al determinar las obligaciones que al padre corresponden cuando administra ó goza el usufructo de los bienes de los hijos.

La primera parte de este artículo es una mera referencia á la sección 3.ª, cap. 1.°, tít. 6.°, libro 2.°, y al cap. 2.°, tít. 9.°, libro 4.°, de este Código; pero las reglas comprendidas en estas secciones deberán aplicarse al caso actual con dos salvedades: 1.°, teniendo en cuenta los preceptos especiales establecidos acerca del inventario, fianza, enajenación y demás en el artículo que comentamos y en el siguiente; y 2.°, que el derecho á la administración de los bienes de un tercero procede en los casos á que nos referimos, de la ley y no de la voluntad del propietario de los mismos, y, por tanto, que son improcedentes todos aquellos preceptos que se fundan en este último origen.

---

(1) En algunas ediciones oficiales del Código se dice tít. 3.°; pero fácilmente se comprende que es una errata, no sólo por la materia de que se trata, sino porque el tít. 3.° de la ley Hipotecaria no está dividido en secciones.

La sección 3.ª del tít. 5.º de la ley Hipotecaria á que el artículo 163 se refiere, establece en su nueva redacción de 1909, lo siguiente:

«Art. 200. El padre, ó en su defecto la madre, son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su potestad, aunque con la obligación de constituir hipoteca legal en favor de los últimos cuando contrajesen segundas nupcias.»

«Art. 201. Los hijos á cuyo favor establece el artículo anterior hipoteca legal, tendrán derecho:

»Primero. A que los bienes inmuebles de su pertenencia se inscriban á su favor, si ya no lo estuvieren.

»Segundo. A que su padre, ó en su caso su madre, asegure con hipoteca especial, si pudiere, los bienes que no sean inmuebles pertenecientes á los mismos hijos.»

«Art. 202. Se entenderá que no puede el padre constituir la hipoteca de que trata el artículo anterior, cuando carezca de bienes inmuebles hipotecables.»

«Art. 203. Si los que tuviere fueren insuficientes, constituirá, sin embargo, sobre ellos la hipoteca, sin perjuicio de ampliarla á otros que adquiera después en caso de que se le exija.»

«Art. 204. Podrán pedir en nombre de los hijos que se hagan efectivos los derechos expresados en el art. 201: 1.º Las personas de quienes procedan los bienes. 2.º Los herederos ó albaceas de dichas personas. 3.º Los ascendientes del menor.»

«Art. 205. El padre ó la madre, en su caso, no podrán enajenar los bienes inmuebles del hijo en que les corresponda el usufructo ó la administración, ni gravarlos sino por causas justificadas de utilidad ó necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio fiscal.»

«Art. 206. En caso de que las personas mencionadas en el artículo 204 no pidan que se hagan efectivos los derechos expresados en el 201, podrá el Fiscal solicitarlo de oficio.»

En el luminoso preámbulo que precedía á la ley Hipotecaria de 1869, se hacía constar que la hipoteca por razón de peculio sólo se refería al adventicio, porque respecto al profecticio la

propiedad era del padre, y en cuanto al castrense y cuasicastrense, pertenecían al hijo la propiedad, usufructo y administración, siendo considerado para ejercer estos derechos como padre de familia. Hoy, habiendo sido sustituído el régimen jurídico de las Partidas acerca de los peculios por el del Código, la hipoteca legal no se constituye en razón al peculio adventicio, sino, según el citado art. 200 de la nueva ley Hipotecaria, por razón de las nuevas nupcias contraidas por el padre ó madre que tenga la administración legal de los bienes de sus hijos.

En cuanto á la obligación de prestar fianza por los bienes muebles, queda también circunscrita según tradición de nuestro derecho (art. 69 de la ley de Matrimonio civil; art. 143 del Reglamento de 1870 para la ejecución de la ley Hipotecaria; resolución de la Dirección de los Registros de 27 de octubre de 1880), confirmada por el art. 492 de este Código, al caso de que los padres contrajeren segundas nupcias.

Ordena el art. 163 en su párrafo 2.º que se forme inventario, con intervención del Ministerio fiscal, de los bienes de los hijos en que los padres tengan sólo la administración, á fin de que no se crean eximidos de esa obligación en este caso, impuesta expresamente para el de usufructo en el art. 491 á que aquél se refiere. En uno y otro caso ha de hacerse el inventario con citación é intervención del Ministerio fiscal, por no tener otro representante legítimo los hijos constituídos bajo la potestad del padre ó de la madre que ha de formarlo. La dispensa que permite el art. 493 será también aplicable á estos casos.

En cuanto á la prevención de que, «á propuesta del mismo Ministerio, podrá decretarse por el Juez el depósito de los valores mobiliarios propios del hijo», deberá entenderse subordinada á lo que se ordena en el art. 494, y para el caso en que, según el 492, deba dar fianza el padre ó la madre por haber contraído segundo matrimonio, y no la prestase.

El art. 163 sólo habla de obligaciones del padre usufructuario ó administrador; pero basta aplicar las reglas más elementa-

les de hermenéutica para afirmar que les corresponden también en general los mismos derechos que á todo administrador ó usufructuario.

ARTÍCULO 164

El padre, ó la madre en su caso, no podrán enajenar los bienes inmuebles del hijo en que les corresponda el usufructo ó la administración, ni gravarlos, sino por causas justificadas de utilidad ó necesidad, y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio fiscal, salvas las disposiciones que, en cuanto á los efectos de la transmisión, establece la ley Hipotecaria.

Dudoso y vacilante se muestra nuestro derecho antiguo, y, por lo tanto, la jurisprudencia que lo ha interpretado, acerca de si es ó no necesaria la autorización judicial para que los padres puedan enajenar ó gravar los bienes de sus hijos. En efecto: encontramos establecido claramente en el Fuero Juzgo que el padre *debe tener su buena de los hijos*; *mas non puede nada vender ende nin enajenar*. Las Partidas siguen también la doctrina de que *como quier que tales bienes deben ser del padre é puede esquilmar los frutos dellos*, *con todo eso non los debe enajenar en ninguna manera*; pero añade más adelante: *é si por aventura los enajenase*, originándose de la interpretación de esta frase la diversidad de criterio á que antes hacíamos referencia.

En la legislación extranjera no ofrece menores dudas la interpretación de algunos Códigos, por ejemplo, el de Francia, acerca del que sostienen las dos opiniones contrarias Demolombe y Laurent, afirmando el primero que se necesita autorización judicial, y el segundo que esta no cabe en los preceptos de la ley.

Respecto á nuestro Código no puede haber duda alguna de que para la enajenación de bienes inmuebles ó para gravarlos, es precisa la autorización judicial. Dicha autorización debe solicitarse, dice el Código, ante el Juez del domicilio; pero como la

competencia es una cuestión que pertenece al derecho adjetivo y la disposición final del Código sólo deroga el derecho civil común, entendemos que continúa vigente y es complementaria de la del presente artículo la regla 23 del art. 63 de la ley de Enjuiciamiento civil, que establece que «en las autorizaciones para la venta de bienes de menores ó incapacitados, será Juez competente el del lugar en que los bienes se hallaren, ó el del domicilio de aquéllos á quienes pertenecieren». Sin embargo, para evitar cuestiones, lo más prudente será acudir al Juez del domicilio. Respecto al procedimiento, debe observarse el que determina el tít. 11 de la primera parte del libro tercero de la ley de Enjuiciamiento civil.

¿En qué clase de actos se necesita dicha autorización tratándose de bienes inmuebles? 1.°, para su enajenación; 2.°, para imponer sobre ellos algún gravamen; y 3.°, para todos los que tengan por objeto la extinción de derechos reales sobre inmuebles, como son la cesión, renuncia, redención, etc.; esto último interpretando los preceptos del Código y por disposición expresa de una Real orden de 28 de Agosto de 1876 y del art. 2030 de la ley de Enjuiciamiento civil. La Real orden que acabamos de citar previene también que ningún notario ó registrador de la propiedad intervenga en acto alguno ni inscriba cualquier instrumento público de los que acaban de indicarse sin que se acredite la autorización judicial.

El Tribunal Supremo no ha resuelto caso alguno directamente relacionado con el art. 164, ó, al menos, no conocemos sentencias que le sean aplicables. En cambio la Dirección general de los Registros ha dictado multitud de Resoluciones con relación á dicho artículo, lo cual no es de extrañar, porque tratándose de enajenaciones y gravámenes sobre bienes inmuebles, el conflicto ha nacido siempre con motivo de la inscripción, y se ha resuelto por los trámites más sencillos y adecuados del recurso gubernativo.

La Dirección ha exigido la autorización judicial para la venta de bienes inmuebles (Resolución de 23 de Diciembre de 1903),

para la cesión de créditos hipotecarios pertenecientes á hijos de familia menores de edad (Resolución de 5 de Abril de 1892); para la adjudicación de bienes de los mismos en pago de deudas (Resoluciones de 26 de Diciembre de 1893 y 1.º de Abril de 1897); para la adjudicación en pago de aportaciones hechas á la sociedad conyugal (Resolución de 31 de Mayo de 1909); para la cancelación de hipotecas ó extinción de gravámenes (Resolución de 31 de Octubre de 1892); para la revocación de donaciones de bienes inmuebles hechas á los hijos (Resolución de 30 de Octubre de 1892), y para la constitución de derechos reales, y especialmente de arrendamientos inscribibles á favor de terceros (Resolución de 30 de Agosto de 1893).

Sepárase de esta doctrina la misma Dirección en su Resolución de 28 de Mayo de 1897, dictada para Cataluña, suponiendo que los padres tienen el usufructo de los bienes de sus hijos del mismo modo cuando los disfrutan por sí mismos que cuando los arriendan y perciben una renta, y, por tanto, que pueden constituir arrendamientos con el carácter de inscribibles aun sin autorización judicial. (Véase el art. 1548 del Código.)

La partición de herencia se rige por el art. 1060. Representado el hijo menor por su padre ó madre, no es necesaria autorización ni aprobación judicial. Representado por un defensor, en caso de incompatibilidad de los padres, la partición debe ser aprobada judicialmente.

Si en la partición se adjudican bienes para pago de deudas, la Dirección fija su criterio en la Resolución de 24 de Junio de 1902, teniendo en cuenta toda la doctrina sentada sobre la materia en las de 10 de Septiembre de 1881, 9 de Febrero de 1887, 24 de Noviembre de 1898, 1.º y 3 de Abril de 1899 y 9 de Octubre de 1901, y en las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de Noviembre de 1881 y 23 de Mayo de 1899. Hecha la adjudicación á favor de uno de los coherederos, existe un simple acto de partición que se rige por las reglas especiales de esta clase de actos, puesto que los bienes se dividen y quedan entre los partícipes de la herencia. Hecha en favor del acreedor

ó de un tercero, hay un acto de enajenación, por lo que, habiendo interesados menores, deben guardarse las formalidades propias de dichas enajenaciones. En tales casos, como afirma la Resolución de 30 de Septiembre de 1905, no teniendo el padre interés opuesto al de sus hijos, puede representarles desde luego en la partición, y no procede la aplicación del art. 1060; pero como existe una verdadera enajenación, es preciso aplicar el art. 164, que exige la autorización judicial previa, con las formalidades que en el mismo se determinan.

La autorización judicial para enajenar bienes de menores no faculta al padre para vender esos bienes con pacto de retro á bajo precio, ni para estipular arrendamientos cuyo alquiler anual llegue al 10 por 100 del precio, ni concertar préstamos con hipoteca. (Resolución de 27 de Enero de 1900.)

Hay casos, no obstante, en que los Tribunales han reconocido de tal suerte la necesidad de la enajenación, que es innecesario que se justifique por medio de un procedimiento especial. A este propósito pueden citarse la Resolución de la Dirección general de los Registros de 11 de Julio de 1871, que declara que procede la enajenación de los bienes siempre que el juez condene á los hijos no emancipados al pago de una deuda, y otra de 11 de Junio de 1875, que establece que siempre que la autoridad judicial decrete á instancia de un acreedor el embargo y venta de ellos en pública subasta para el pago de créditos, á cuyo pago estén afectos, no podrá negarse el registrador de la propiedad en cuyo partido radiquen los bienes á hacer la inscripción que el comprador de los mismos solicite con arreglo á la ley.

Aplica esta doctrina á la venta de bienes de menores en trámites de ejecución de sentencia la Resolución de 23 de Noviembre de 1899.

¿Son necesarios los mismos requisitos para enajenar los bienes muebles? Indudablemente para este caso debieran adoptarse iguales garantías que para la venta de bienes inmuebles, cuando por la importancia de aquéllos pueda suceder que la base de un gran patrimonio consista en efectos mobiliarios. Varios

comentaristas consideran lógica esta doctrina; pero no encuentran ningún precepto legal vigente que la aplique.

Otros, por el contrario, estiman que debe aplicarse en tales casos el art. 2011 de la ley de Enjuiciamiento civil, que consideran que no es incompatible, sino complementario del que estamos comentando. Dispone dicho artículo que «será necesaria licencia judicial para enajenar ó gravar los bienes de menores ó incapacitados que correspondan á las clases siguientes: 1.° Inmuebles. 2.° Efectos públicos y valores de toda especie, sean al portador ó nominativos. 3.° Derechos de todas clases. 4.° Alhajas, muebles y objetos preciosos que puedan conservarse sin menoscabo».

La cuestión puede ofrecer duda; pero los términos del artículo 164 del Código al exigir autorización judicial sólo respecto á los bienes inmuebles del hijo, omitiendo todo precepto más ó menos análogo en cuanto á los muebles, hacen más verosímil la suposición de que tratándose de esta clase de bienes no procede la autorización judicial, ya se considere más ó menos acertada la doctrina, porque los preceptos de carácter adjetivo de la ley de Enjuiciamiento civil necesitan para su aplicación alguna base en el derecho sustantivo, y aquí esa base falta por completo, y si existe, indica más bien una derogación que una confirmación, en todo cuanto á enajenación de bienes muebles de los hijos menores se refiere.

En cuanto á la forma en que ha de hacerse la enajenación, hay que tener presente lo ordenado en dicha ley procesal. Según su art. 2015, las ventas que hagan el padre ó la madre de bienes de los hijos que estén bajo su patria potestad, están exceptuadas de la subasta pública y del avalúo previo, y pueden realizarse sin otro requisito que el de haber obtenido previamente la autorización judicial, con audiencia del Ministerio fiscal y de las personas designadas en el art. 205 de la antigua ley Hipotecaria, que son aquellas de quienes proceden los bienes, ó sus herederos ó albaceas; los ascendientes del menor, ó la madre si estuviese legalmente separada del marido. Mas con arre-

glo al artículo que estamos comentando, que marca las líneas generales del procedimiento, podría dudarse de la necesidad de dar audiencia en el expediente á las personas designadas en dicho art. 205 de la anterior ley Hipotecaria.

Y en efecto la resolución de 9 de Mayo de 1913 declara que, consignándose concretamente en el art. 164 del Código civil las formalidades requeridas para la enajenación de bienes de menores, no cabe estimar también exigible la que establece el artículo 2015 de la ley de Enjuiciamiento civil sobre la necesidad de oir en el expediente á determinadas personas, puesto que este artículo ha quedado derogado en este punto por el 164, en relación con el 1976 del referido Código; y que como precedente de gran autoridad corroborante de dicha interpretación puede citarse el contenido del art. 1973 del proyecto de ley de Enjuiciamiento civil publicado en la *Gaceta* de 18 de Julio de 1906, pues con arreglo al mismo no es necesaria la intervención en él de dichas personas, por estimarse, sin duda, no ser ésta precisa desde la publicación del Código civil. A mayor abundamiento puede añadirse que el art. 205 de la ley Hipotecaria de 1909, suprime aquella intervención y coincide exactamente con el Código civil.

No puede existir duda acerca de si el Código ha derogado la ley de Enjuiciamiento civil en lo relativo á la transacción acordada por los padres en bienes de los hijos que están bajo su potestad, pues hay aquí dos preceptos: uno de carácter general, y otro especial, y, además, posterior, por lo que debe prevalecer en virtud de las reglas de hermenéutica legal expuestas en lugar oportuno. De suerte que el precepto aplicable en este caso es el art. 1810 del Código, cuyo segundo párrafo dice que «el padre, y en su caso la madre, pueden transigir sobre los bienes y derechos del hijo que tuvieren bajo su potestad; pero si el valor del objeto sobre que recaiga la transacción excediera de 2.000 pesetas, no surtirá ésta efecto sin la aprobación judicial.» Para obtener dicha autorización, debe observarse el procedimiento que con carácter general se establece en los arts. 2025 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil.

El Código deja á salvo las disposiciones que en cuanto á los efectos de la transmisión establece la ley Hipotecaria, y aquéllas no pueden ser otras que las que dicha ley comprende al determinar la forma y efectos de la inscripción.

Resta examinar una cuestión interesante, y es la de los derechos que corresponden al menor en el caso de que sus padres hayan enajenado los bienes de aquél sin autorización judicial en los casos en que ésta sea necesaria. Sabemos que por el artículo 4.º de este Código son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordena su validez. Respecto del acto á que nos referimos, en ningún artículo del Código se ordena su validez, y además, como la enajenación ó gravamen supone un contrato, le es aplicable el precepto del art. 1300, que establece que los contratos pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo á la ley. Según el art. 1301, la acción de nulidad debe entablarse dentro del período de cuatro años, á contar desde que salieren los menores de la tutela, y, por analogía, de la patria potestad.

Cuando muerto el padre entable el hijo la acción reivindicatoria, ha establecido la jurisprudencia que debe renunciar á la herencia del padre, lo que se ha declarado especialmente en las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de Enero y 16 de Junio de 1862, 30 de Diciembre de 1864 y 1.º de Febrero de 1867.

¿Cabe que se rescinda el contrato celebrado con autorización judicial si existe lesión para los intereses del menor? Desde luego no está comprendido el caso á que nos venimos refiriendo en ninguno de los que señala el art. 1291 de este Código, y, si bien en el 5.º se refiere á cualesquiera otros en que especialmente la ley determine la rescisión, no sólo ésta no se expresa en ningún precepto del Código, sino que no es este el espíritu del legislador, y así lo demuestra el art. 1296, que, tratando de contratos celebrados en representación de ausentes, no admite la rescisión si se han celebrado con autorización judicial; y aunque el hecho

de no mencionar los verificados por tutores pudiera dejar aún dudas acerca de la intención del legislador, no existe aquélla en modo alguno ateniéndose á la interpretación literal de sus preceptos.

¿Pueden reclamarse en dicho caso daños y perjuicios en virtud del párrafo final del art. 38 de la ley Hipotecaria? El ilustrado comentarista del Código que escribe con el pseudónimo de Mucius Scævola cree que no, puesto que el art. 1489 dispone que «en las ventas judiciales nunca habrá lugar á responsabilidad por daños y perjuicios»; pero este artículo, por el lugar en que está colocado, se refiere á la indemnización de los que se originen por los defectos ó gravámenes ocultos que tuviere la cosa vendida, y el antes citado de la ley Hipotecaria á otras causas, previniendo que *en todo caso* en que no pueda dirigirse *contra tercero* la acción rescisoria ó resolutoria, se podrá ejercitar la personal correspondiente para la indemnización de daños y perjuicios *por el que los hubiese causado*, cuya doctrina creemos aplicable al presente caso.

ARTÍCULO 165

Siempre que en algún asunto el padre ó la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará á éstos un defensor que lo represente en juicio y fuera de él.

El Juez, á petición del padre ó de la madre, del mismo menor, del Ministerio fiscal ó de cualquiera persona capaz para comparecer en juicio, conferirá el nombramiento de defensor al pariente del menor á quien en su caso correspondería la tutela legítima, y á falta de éste, á otro pariente ó á un extraño.

El defensor á que se refiere este artículo es un cargo análogo al de curador *ad litem* de nuestro antiguo derecho; el Código no reconoce este cargo y lo suple con el de defensor, en la necesidad de atender á la defensa del hijo en cualquier asunto en que su interés sea opuesto al del padre ó madre á cuya potestad esté

sometido. Lo mismo se ha hecho siempre por ser de sentido común, y á ese fin responden las disposiciones de los arts. 1057 y 1853 de la ley de Enjuiciamiento civil, que han sido modificadas por el artículo de este comentario en cuanto á la denominación y facultades de la persona que ha de representar al menor en tales casos: por aquéllas se llamaba *curador para pleitos*, y estaban limitadas sus facultades á la representación en juicio, y por éste se le da el nombre de *defensor*, y tiene la representación del hijo *en juicio y fuera de él;* pero limitado también al asunto en que su interés sea opuesto al del padre ó de la madre, sin privar á éstos de dicha representación en los demás asuntos en que no haya esa incompatibilidad.

En cuanto á la forma en que ha de hacerse el nombramiento de defensor, no existiendo hoy otro procedimiento que el determinado por el art. 1853 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, deberán observarse dichas reglas.

El presente artículo se refiere sin duda lo mismo á los hijos legítimos que á los ilegítimos; pero teniendo en cuenta que ha de conferirse el nombramiento de defensor al pariente del menor á quien en su caso correspondería la tutela legítima, y que ésta, según el art. 211, no tiene lugar respecto de los hijos ilegítimos, promueven algunos comentaristas discusiones tan eruditas é ingeniosas como innecesarias, á nuestro juicio, porque si á nadie corresponde en dicho caso la tutela legítima, debe ser nombrado defensor un pariente, y en su defecto un extraño que merezca la confianza del juez.

Aun tratándose de hijos legítimos, fuera del límite fijado por la ley para los llamamientos á la tutela legítima, los parientes del menor no pueden alegar preferencia sobre los extraños para ser nombrados defensores, sino que el Juez puede designar en cada caso á la persona que considere más apta para la defensa de los intereses de ese menor. (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de Enero de 1896 y 9 de Octubre de 1908).

Los padres no tienen interés opuesto al de sus hijos, y pueden, por tanto, representarle válidamente, cuando renuncian

todos los derechos que les corresponden de los que pudiera nacer la oposición, y así lo reconoce la Resolución de la Dirección de los Registros de 9 de Octubre de 1901. Sin embargo, aun mediando esa renuncia en un acto de partición de herencia, no cabe que se adjudiquen bienes en pago de deudas á la misma madre que representa á sus hijos menores—porque al renunciar deja de ser coheredera convirtiéndose en extraña—, y al intervenir como acreedora, sus intereses resultan opuestos á los de sus hijos, imponiéndose, por tanto, el nombramiento de un defensor judicial, como declara la Resolución de 24 de Noviembre de 1898, cuya doctrina está conforme con la de 19 del mismo mes y año.

El art. 165 al establecer el cargo de defensor, se refiere expresamente á los hijos no emancipados. La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuese mayor de edad; ya no necesita, por regla general, la intervención de una tercera persona que complete su personalidad y le defienda. Pero hay actos que aún no puede realizar por sí solo, como la enajenación de inmuebles, y en este caso la ley exige el consentimiento de su padre, en defecto de éste, de su madre, y á falta de ambos el de su tutor. Cuando los padres tienen interés opuesto al de sus hijos emancipados, ¿deberá intervenir un tutor como si aquéllos no existiesen, ó habrá de nombrárseles un defensor judicial? Propiamente el caso no se halla resuelto en el art. 165 ni en el 317: no en el primero, porque el defensor judicial sólo se da á los hijos no emancipados; no en el segundo, porque el tutor interviene á falta de padre y madre. Dejando esta cuestión para el comentario del art. 517, citaremos aquí solamente dos Resoluciones de la Dirección general de los Registros, la de 4 de Noviembre de 1896 y la de 19 de Noviembre de 1898.

En la primera interviene una madre y varios hijos en una escritura de partición, y estando uno de estos hijos emancipado, la madre concurre por su propio derecho y para completar la personalidad de ese hijo. El Registrador exigía el nombramien-

to de un defensor, y la Dirección resuelve que el art. 165 es inaplicable por referirse exclusivamente á los hijos no emancipados. En rigor, como según el criterio de dicho Centro, la partición no es acto de enajenación, ese hijo emancipado no necesitaba que completase nadie su personalidad, ni la madre, ni un tutor, ni un defensor judicial, y así lo reconoce también la resolución citada.

Pero en un caso casi idéntico, la misma Dirección, en la segunda de las citadas Resoluciones, declara enteramente lo contrario, y estima necesario el nombramiento de un defensor judicial por analogía con lo preceptuado en el art. 165. Es verdad que en el caso que motivó esta última decisión se adjudicaban bienes en pago y para pago de deudas, y que por lo mismo, teniendo el padre interés opuesto al de su hijo, se tocaba ya la necesidad de entrar en el fondo de la cuestión, lo que no ocurría en el otro caso; pero en este aprieto la Dirección ya no se acuerda de que á los hijos emancipados no cabe nombrarles defensor judicial, sino que, por el contrario, exige que se les nombre *por analogía*. Con el nombre de tutor ó con el de defensor, esta nos parece la solución más acertada.

Si rara puede parecer la aplicación del art. 165 á los hijos emancipados, aunque se estime necesaria en algún caso, más raro aún es el nombramiento de un defensor para menores sujetos á tutela. Esto resulta una anomalía, pues aparte de no encajar tal nombramiento en el marco del art. 165, el protutor tiene por la ley, entre otras atribuciones, la de sustituir al tutor en caso de incompatibilidad ó interés opuesto. Sin embargo, cabe que el protutor sea también incompatible, ó que haya que remover todo el organismo tutelar, y alguien ha de defender en tal caso los intereses del menor enfrente de los de su tutor, protutor y consejo de familia. Este caso se ha presentado en la práctica, y se ha nombrado un defensor judicial, y el Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de Diciembre de 1895, ha respetado ese nombramiento, y ha declarado perfectamente compatible el cargo con la existencia del organismo tutelar.

Sobre otros casos especiales relacionados con este artículo, se han dictado también las Resoluciones de 5 de Octubre de 1900, 9 de Octubre de 1901 y 10 de Septiembre de 1902. En esta última se declara que hecha una partición por amigables componedores, según lo solicitó del Juzgado el padre de unos menores, no necesitan éstos la intervención de un defensor judicial.

Cuando el contador nombrado en testamento no se limita á la simple partición de los bienes hereditarios, y realiza también la liquidación de la sociedad conyugal disuelta, es indispensable la intervención del viudo, y necesario, habiendo hijos menores, el nombramiento de un defensor judicial, con arreglo al artículo 165, imponiéndose también por lo mismo la aprobación judicial de la partición, á tenor de lo preceptuado en el art. 1060. (Resoluciones de la Dirección de 25 de Mayo y 5 de Octubre de 1906.)

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Junio de 1903 declara que no procede la aplicación del art. 165, cuando, oponiéndose al pago de una deuda de la herencia, litiga una madre en nombre propio y en representación de sus hijos menores, porque en este caso no existen intereses opuestos, sino idénticos.

En análogo sentido declara la de 9 de Enero de 1912, que la circunstancia de que la madre y los hijos estén interesados en una sociedad mercantil, no exige el nombramiento de defensor, pues hay que distinguir los intereses comunes de los opuestos ó incompatibles.

Tampoco procede la aplicación del art. 165, según la sentencia de 9 de Junio de 1909, cuando la madre no tenga interés opuesto al del hijo para poder representarle aunque el padre exista, pues, por virtud de su derecho subsidiario de patria potestad, es aquélla la que debe asumir la representación del hijo.

La de la Sala segunda del mismo Tribunal de 16 de Marzo de 1905 declara también que, en caso de violación de una hija por su propio padre, el perdón al ofensor puede otorgarlo en nombre de dicha hija su madre, denunciante del hecho, sin que se exija la intervención de un defensor judicial.

Y la ya citada de 9 de Octubre de 1908, declara que no puede removerse á un defensor judicial sin causa justificada, pues que nombrado un individuo defensor de unos menores y discernido el cargo, se constituye á favor de aquél y de éstos una situación legal que no puede ni debe ser caprichosamente alterada mientras no exista causa de verdadera remoción, d-biendo ser equiparado dicho cargo al de los tutores para estos efectos, aun cuando se imponga la necesidad de un criterio más amplio para la estimación de la mencionada causa.

ARTÍCULO 166

Los padres que reconocieren ó adoptaren, no adquieren el usufructo de los bienes de los hijos reconocidos ó adoptivos, y tampoco tendrán la administración, si no aseguran con fianza sus resultas á satisfacción del Juez del domicilio del menor, ó de las personas que deban concurrir á la adopción.

Basta leer el anterior artículo para observar que su objeto consiste en buscar garantías á fin de evitar que pueda ser el lucro ó un interés perjudicial para el menor el móvil del reconocimiento ó de la adopción. Por esto se priva en todo caso del usufructo de los bienes del hijo al padre que lo reconoce ó adopta, y sólo se le concede la administración si asegura sus resultas con fianza á satisfacción del juez del domicilio del menor ó de las personas designadas en el art. 178. Cuando éstas presten su conformidad, no será necesaria la intervención del juez. La administración se sujetará á los derechos y obligaciones que se establecen en los precedentes artículos de este capítulo.

En el caso del artículo que comentamos, el usufructo corresponderá al que tiene el derecho de propiedad sobre los bienes, ó sea el hijo. Respecto á la administración, no puede ejercerla el padre legítimo, porque la adpoción es uno de los medios de terminar la patria potestad (art. 167), ni el adoptante en virtud del art. 166, si no da fianza, y tampoco un tutor, puesto que

aquí existe la patria potestad del adoptante, y sólo á falta de ésta puede abrirse la tutela (art. 199). No existe otro medio que nombrar un administrador, en la forma que cabe tratándose de los bienes de un menor y con las obligaciones generales de los administradores, ó aplicar el art. 494 del Código, que dispone, aparte de otros preceptos también interesantes, que «no prestando el usufructuario la fianza en los casos en que deba darla, podrá el propietario exigir que los inmuebles se pongan en administración, que los muebles se vendan, que los efectos públicos, títulos de crédito nominativos ó al portador se conviertan en inscripciones ó se depositen en un Banco ó establecimiento público, y que los capitales ó sumas en metálico y el precio de la enajenación de los bienes muebles se inviertan en valores seguros». Igual doctrina podría aplicarse á los bienes de los hijos reconocidos y adoptivos en la hipótesis de que han partido las anteriores consideraciones.

CAPITULO IV

De los modos de acabarse la patria potestad.

Se deducen de los conceptos expuestos al comienzo de este título dos importantes consecuencias, que tienen aplicación á esta materia: primera, en las legislaciones que reconocen que la patria potestad tienen por fin el bien del hijo, debe cesar cuando no sea ya aquella institución medio necesario para conseguir dicho fin; y segunda, que en este caso los derechos y deberes mutuos que constituyan la patria potestad sólo cesan ante el Estado, no en el orden moral.

Es innecesario añadir que también debe terminar la patria potestad, como toda institución jurídica, cuando no existe posibilidad material de cumplir su fin, teoría que tendremos ocasión de aplicar más adelante.

ARTÍCULO 167

La patria potestad se acaba:

1.º Por la muerte de los padres ó del hijo.
2.º Por la emancipación.
3.º Por la adopción del hijo.

Es tan evidente el primer caso que quizás por este motivo no lo expresan algunos Códigos, y no suscita cuestiones doctrinales ni de carácter práctico. Sólo puede discutirse si en Inglaterra traspasa la patria potestad los límites de la vida del padre, al observar que pueden delegarse por éste en los tutores de sus hijos algunas de las atribuciones que la ley le confiere.

Cuando se trata de hijos legítimos, no existe duda acerca de que á la muerte del padre sucede en la patria potestad la madre;

pero respecto á la filiación ilegítima, si ambos padres han reconocido al hijo conjuntamente ó en la misma fecha, ejercerá la patria potestad el padre y después la madre, y si lo han verificado en épocas diversas, corresponderá primero al que tenga prelación en este punto, sea el padre ó la madre, puesto que entonces son éstas personalidades distintas é independientes, y no existe como en el matrimonio razón alguna para disminuir la capacidad de la madre.

Ofrece, en cambio, materia vasta para el estudio el segundo de los motivos de este artículo; pero de no repetir las indicaciones, creemos que el lugar propio para examinar dicho asunto es el título 11 de este libro, que se ocupa detalladamente de la emancipación y de la mayor edad.

Respecto á la adopción, el párrafo 3.° del artículo que comentamos está en armonía con el precepto del art. 177, que establece que el adoptado conserva los derechos que le corresponden en su familia natural, á excepción de los relativos á la patria potestad.

Puede ocurrir que muera el padre adoptante siendo el hijo adoptado menor de edad, y viviendo aún su padre legítimo y natural. En este caso recobra este último la patria potestad sobre su hijo, por analogía con lo preceptuado en los artículos 72, 73, 172 y otros del Código, y con todas las disposiciones referentes á la tutela, que sólo consienten el nombramiento de tutor cuando los menores carecen de padre (Resolución de la Dirección de los Registros de 6 de Febrero de 1900).

En cuanto á los modos de acabarse la patria potestad, deben tenerse en cuenta los arts. 169 y 171, y cabe discutir si existe algún otro medio además de los indicados taxativamente. Se ocupan algunos publicistas en decidir si con el cambio de nacionalidad del padre acaba su potestad sobre los hijos. Juzgamos el problema sencillo: se rige entonces la familia por las leyes de la nacionalidad adoptada y á ella deben acomodarse las condiciones de la patria potestad, terminando ésta *ipso facto* si la nueva legislación señala, por ejemplo, para la emancipación una

edad menor que la ley primitiva á que el padre estaba sometido y la hubiere cumplido ya el hijo.

Las leyes de Partida es sabido que reconocían la emancipación por dignidad del hijo, teoría que reconocieron las sentencias de 18 de Septiembre de 1865 y 11 de Mayo de 1866, determinando los principios que debieran adoptarse para la aplicación de aquellas reglas á nuestros tiempos. Dado el silencio del Código, no existe fundamento alguno para interpretar que siguen vigentes los mencionados preceptos, que ya hemos indicado anteriormente que en algunos casos los considerábamos ventajosos, si bien reconocemos con la imparcialidad en que nos hemos inspirado al escribir estos comentarios, que serán aquéllos poco frecuentes, especialmente después de haber fijado el Código en los veintitrés años la mayor edad.

Desde luego es evidente que la profesión religiosa debiera eximir de la patria potestad, pues es imposible que el sometido al superior de una Orden monástica pueda cumplir los mandatos de su padre, y así lo reconoce un Código civil que no puede ciertamente ser tachado de obra de exagerados sentimientos místicos, como es el de la República Argentina. Bien es verdad que al comprender el Código argentino entre los medios de acabarse la patria potestad la profesión religiosa de los hijos, añade, «hecha con autorización de los padres», y en este caso podría interpretarse en nuestro derecho que existe una emancipación voluntaria tácita, dejando para la crítica de los canonistas el examinar la cuestión no resuelta, en la actual legislación civil española, de si debe terminarse la patria potestad por la profesión religiosa hecha sin autorización de los padres que no deja tampoco de ofrecer dificultades desde el punto de vista de la ciencia canónica y de la teología moral, y que fué en algunas épocas tan mal mirada por la Iglesia, que el Concilio de Gangres impuso la pena de excomunión al hijo de familia que abrazaba la vida monástica sin licencia paterna. Lo que llevamos dicho acerca de la profesión religiosa del hijo, debería aplicarse, en general, á la del padre ó de la madre.

Sostienen algunos comentaristas que en el caso á que nos venimos refiriendo no se extingue un derecho, sino que se suspende su ejercicio; pero ni esta doctrina se armoniza con el carácter perpetuo que pueden revestir los votos religiosos, ni es argumento en su favor el hecho que alegan de que subsisten las relaciones familiares, tanto que el religioso no tiene incapacidad para heredar, pues lo propio acontece al hijo emancipado por edad.

ARTÍCULO 168

La madre que pase á segundas nupcias pierde la patria potestad sobre sus hijos, á no ser que el marido difunto, padre de éstos, hubiera previsto expresamente en su testamento que su viuda contrajera matrimonio y ordenado que en tal caso conservase y ejerciese la patria potestad sobre sus hijos.

El Fuero Juzgo y las Partidas no concebían que fuese ventajoso para los hijos el que estuviere encomendada su guarda á los padres cuando éstos contrajeren segundo matrimonio Algunos códigos modernos no lo han considerado tampoco conveniente tratándose de la madre, y así lo atestiguan los de la República Argentina, Méjico y el Uruguay, desconociendo que en la práctica suele ser menos dura y dominante la acción de los padrastros que la de las madrastras. Una vez admitida la institución del consejo de familia, acaso sea la fórmula más razonable y práctica la del Código civil italiano, que encomienda á dicho consejo la decisión de si ha de conservar ó no la patria potestad, según los casos, la madre viuda que contrae segundas nupcias.

El Código alemán establece importantes diferencias entre el segundo matrimonio del padre y el de la madre. La madre pierde la patria potestad al contraer nuevo matrimonio, conservando únicamente el derecho y el deber de cuidar de la persona del hijo, pero sin representarle. (Arts. 1696 y 1697). El padre, por el contrario, puede conservar la plenitud de sus derechos con sólo notificar al tribunal de tutelas su intención de contraer

nuevas nupcias, presentando á sus expensas un inventario del patrimonio sometido á su administración y procediendo á su liquidación cuando tengan él y su hijo este patrimonio proindiviso. (Art. 1669). Nos parece más aceptable el criterio del Código suizo, que, sin distinguir entre el padre y la madre, y sin hacer regla general de lo que sólo en casos excepcionales podía ser una medida previsora, se limita (art. 288) á disponer que, cuando las circunstancias lo exijan, se nombrará un tutor al menor cuyo padre ó madre, investido de la patria potestad, contraiga matrimonio.

La ley del Matrimonio civil de 1870, por su art. 64, concedió á la madre, en defecto del padre, la patria potestad sobre sus hijos, sin privarle de ella aunque pasara á segundas nupcias. En este punto ha sido reformada dicha ley por el artículo que estamos comentando, el cual priva de la patria potestad á la madre que contrae segundo matrimonio, á no ser que el difunto marido y padre de los hijos hubiere previsto el caso en su testamento, autorizándola expresamente para conservar y ejercer la patria potestad. Pero esto habrá de entenderse respecto de las madres viudas que hayan contraído segundo matrimonio después de regir el Código civil, porque las que lo contrajeron antes tenían ya adquirido el derecho de la patria potestad, y debe regirse por la legislación anterior, como nacido de un hecho realizado bajo el régimen de la misma, según se declara en la regla 1.ª de las disposiciones transitorias del Código y se confirma en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Diciembre de 1908. Las que se encuentren en este caso no necesitan la licencia de su marido para ejercer los derechos y cumplir los deberes inherentes á la patria potestad respecto á la persona y bienes de los hijos que hubieren tenido de otro, como se declaró en el art. 53 de la ley citada del Matrimonio civil y se repite en el 63 del presente Código. Podrán, por consiguiente, enajenar y gravar sin dicha licencia los bienes de los hijos que tengan bajo su potestad, siempre que obtengan la autorización judicial exigida por el art. 164.

La sentencia de 20 de Diciembre de 1892, conforme con la doctrina que acabamos de sostener, declara que la madre que quedó viuda antes de regir el Código, y contrajo segundo matrimonio estando vigente dicho cuerpo legal, pierde, con arreglo al art. 168, la patria potestad sobre sus hijos.

Dos cuestiones importantes pueden suscitarse de este artículo 168. Es la primera la de armonizarlo con el 63, y aunque algunos autores y comentaristas del Código lo consideran imposible, no lo creemos nosotros así, sin necesidad de abandonar la interpretación literal de ambos. Dice el párrafo segundo del artículo 63, que la mujer podrá sin licencia de su marido «ejercer los derechos y cumplir los deberes que le correspondan respecto á los hijos legítimos ó naturales reconocidos que hubiese tenido de otro, y respecto á los bienes de los mismos». Es así, que el marido difunto puede prevenir en su testamento que su viuda, aunque contraiga ulterior matrimonio, ejerza la patria potestad: luego entonces se aplicará el referido caso segundo del art. 63, como también á las que conserven la patria potestad por haber contraído el segundo matrimonio antes de regir el Código, según ya se ha indicado. Lo mismo decimos respecto al art. 157, que establece que «si el padre *ó la madre* hubiesen pasado á segundas nupcias, y el hijo fuere de los habidos en anterior matrimonio, tendrán que manifestar al juez los motivos en que fundan su acuerdo de castigarle...»

Ilustrados comentaristas dilucidan también con extensión si la madre de un hijo natural al contraer matrimonio con otro que no sea el padre de aquél pierde la patria potestad. Entendemos que la duda se resuelve con sólo leer el art. 63, que no puede aplicarse siempre al hijo legítimo, dado el precepto del art. 168; pero como este último, puesto que habla del *marido* difunto, padre del hijo, no se ha referido al natural, no hay obstáculo que impida que, á tenor del art. 63, la mujer ejerza sin licencia del marido los derechos y cumpla los deberes que le correspondan respecto «á los hijos naturales reconocidos que hubiese tenido de otro y respecto á los bienes de los mismos».

Basta la más ligera noción de hermenéutica legal para inducir que el precepto relativo á las segundas nupcias se aplica á todas las ulteriores, y el más rudimentario concepto del derecho civil para comprender que, en el caso de no continuar la madre en el ejercicio de la potestad paterna, procede la tutela de los hijos.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Junio de 1901, la incapacidad de la madre que contrae segundas nupcias para continuar ejerciendo la patria potestad sobre los hijos del primer matrimonio, no implica la incapacidad del segundo marido para ser nombrado tutor de los mismos; pues aparte de la diferente naturaleza de los derechos de tutela y patria potestad, no existe texto legal alguno que consagre tal incapacidad.

La de 10 de Noviembre de 1902 contiene las tres declaraciones siguientes: 1.ª, rige en Navarra el art. 168 del Código civil; 2.ª, rigen también en la expresada región los artículos referentes al consejo de familia; 3.ª, contraído un segundo matrimonio después de publicado el Código civil, pierde la madre la patria potestad, y se impone la constitución del consejo de familia.

La de 26 de Diciembre de 1908, inspirada en el mismo criterio que la anterior, declara que no es aplicable el art. 168 á la mujer que contrajo segundo matrimonio antes de la publicación del Código.

ARTÍCULO 169

El padre, y en su caso la madre, perderán la potestad sobre sus hijos:

1.º Cuando por sentencia firme en causa criminal se le imponga como pena la privación de dicha potestad.

2. Cuando por sentencia firme en pleito de divorcio así se declare, mientras duren los efectos de la misma.

ARTÍCULO 170

La patria potestad se suspende por incapacidad ó ausencia del padre, ó en su caso, de la madre, declaradas judicialmente, y también por la interdicción civil.

ARTÍCULO 171

Los Tribunales podrán privar á los padres de la patria potestad, ó suspender el ejercicio de ésta, si trataren á sus hijos con dureza excesiva, ó si les dieren órdenes, consejos ó ejemplos corruptores. En estos casos podrán asimismo privar á los padres total ó parcialmente del usufructo de los bienes del hijo, ó adoptar las providencias que estimen convenientes á los intereses de éste.

La materia á que estos artículos se refieren ha sido tratada con algún descuido por la mayor parte de los comentaristas, y sólo á esto se debe indudablemente el que algunos, que han demostrado claro talento, digan que sobran el art. 171 ó el primer caso del 169, por tratar el mismo asunto; que otros entiendan que este caso y el art. 170 se refieren ambos á la interdicción civil, y que uno de gran autoridad sostenga que las disposiciones del art. 171 sólo pueden tener carácter penal.

A nuestro modesto juicio, la privación de la patria potestad puede imponerse como pena, ó á consecuencia de un procedimiento civil cuando es consecuencia de la declaración de divorcio y en los casos previstos en el art. 171.

Bien es verdad que en nuestro Código penal, á diferencia de los de Bélgica y Francia, no se menciona como pena especial la de privación de la potestad paterna, y esto ha inducido á varios comentaristas á creer que se refiere el caso primero del art. 169 á la interdicción civil; pero en la legislación penal vigente existe aquella pena, y á este efecto puede citarse la ley sobre pro-

tección á los niños de 26 de Julio de 1878, que establece en los casos que enumera puedan los padres ser privados temporal ó perpetuamente, á juicio del Tribunal sentenciador, de los derechos de la patria potestad. A la privación de la patria potestad por sentencia firme en causa criminal que establece dicha ley, puede aplicarse el caso primero del art. 169; y al redactarlo se tuvo en cuenta, sin duda, que se consignará esa pena en el Código penal, cuya reforma está anunciada y preparada.

Respecto al núm. 2.º del art. 169, hacemos referencia á la sección quinta, cap. 1.º, tít. 4.º de este libro, y señaladamente al art. 74, que parece excepción á la última parte de dicho artículo, puesto que dispone que aunque exista reconciliación, y, por lo tanto, quede sin efecto la sentencia de divorcio, subsistirá en cuanto á los hijos cuando aquélla se funde en el conato ó connivencia del marido ó de la mujer para corromper á sus hijos y prostituir á sus hijas, en cuyo caso, si aún continúan los unos ó las otras bajo la patria potestad, los Tribunales adoptarán las medidas convenientes para preservarlos de la corrupción ó prostitución.

En lo que hace relación á la incapacidad como medio de suspender la potestad paterna, nos referimos á las disposiciones establecidas en el título de la tutela, llamando de nuevo la atención acerca de que no siempre la incapacidad es absoluta en dichos casos, y así acontece con el declarado pródigo judicialmente, que conserva la patria potestad sobre sus hijos, á tenor del artículo 224 de este Código.

También nos parece conveniente indicar, acerca de la interdicción civil, que el Código penal, si bien en su art. 43 enumera los derechos de que se priva al penado mientras la está sufriendo, y entre ellos la patria potestad, añade que se exceptúan los casos en que la ley limita determinadamente los efectos de aquélla pena. Con este objeto puede citarse el art. 466 de dicho Código, que circunscribe la interdicción al derecho de ejercer la tutela y formar parte del consejo de familia.

Creemos que hay otros casos en que se suspende la patria

potestad no previstos en el art. 170, y uno de ellos es cuando los Tribunales privan temporalmente de ella á los que han incurrido en alguna de las infracciones definidas en la ley de protección á los niños.

El art. 171 se refiere á los casos en que se quebrantan los deberes que impone la patria potestad, sin traspasar los límites del derecho civil, pues es sabido que el último párrafo del artículo 25 del Código penal determina que no se reputarán penas «las privaciones de derechos y las reparaciones que en forma penal establezcan las leyes civiles». Ha seguido en este punto el Código civil las tradiciones de nuestro derecho, puesto que las Partidas ya preceptuaban que entre *las razones por que pueden constreñir al padre que saque de su poder á su fijo*, dice que es una de ellas *quando el padre castiga al fijo muy cruelmente e sin aquella piedad quel deve aver segund natura*, y también *si el padre fiziesse tan grand maldad que diesse carreras á sus hijas de ser malas mugeres de sus cuerpos, apremiándolas que fiziessen a tan gran pecado*. El Código civil del Uruguay ha aceptado también con buen acuerdo la doctrina de las leyes alfonsinas de que pierden el poderío que han sobre los hijos de los padres que los desamparan en la infancia, echándoles á las puertas de las iglesias, hospitales y otros lugares. En cambio, nos parece exagerado el rigor de la ley general de Instrucción pública de Costa Rica, que priva de la patria potestad al padre cuando no cumple, ni aun después de ser multado, el deber de la instrucción obligatoria de los hijos, cuya declaración hace el gobernador de la provincia, después de oído el interesado, que puede acudir ante el Ministro de Instrucción pública.

Las legislaciones más modernas siguen la tendencia, marcada ya por la nuestra, de proteger á los menores de edad, concediendo á los Tribunales facultad para imponer la privación de la patria potestad por medio de un procedimiento civil.

Según el art. 285 del Código suizo, los padres incapaces de ejercer la patria potestad ó culpables de graves abusos de autoridad ó de negligencias graves, serán privados de su derecho

por las autoridades competentes. El 1666 del Código alemán dispone que si los intereses morales ó materiales del hijo se hallasen en peligro porque el padre abusare del derecho de cuidar de la persona de aquél, porque lo desatienda ó porque tenga una conducta deshonrosa é inmoral, deberá el Tribunal de tutelas adoptar las medidas necesarias para evitar el peligro, pudiendo ordenar especialmente que se coloque al hijo para su educación en casa de una familia que reuna las condiciones adecuadas al objeto, en un establecimiento de educación ó en una casa de corrección. Como todos los casos previstos en este artículo suponen una falta de parte de los padres, la ley de Introducción del referido Código, en su art. 135, permite ampliar por las leyes de los Estados el régimen de educación protectora á aquellos otros en que, por simple insuficiencia ó ineficacia de la de los padres, sea necesario para prevenir la completa depravación moral de los hijos; haciendo uso de esta autorización se ha dictado en Prusia la muy progresiva ley de 2 de Julio de 1901.

El precepto del art. 171 es facultativo y no preceptivo; los Tribunales pueden privar ó no privar á los padres de la patria potestad sobre sus hijos en el caso á que se refiere, y así lo reconoce la sentencia de 9 de Noviembre de 1898, la que también declara que son ejemplos corruptores á los efectos de este artículo, los que los padres dan á sus hijos por sus actos de presente, de vida licenciosa ó de reconocida inmoralidad, y que no está comprendido entre ellos el hecho de sobrevivir un hijo ilegítimo del cónyuge culpable que no vive con éste.

Viene á repetir la doctrina expuesta la sentencia de 30 de Julio de 1904, según la cual, la dureza excesiva con que el padre trata á sus hijos, ó los malos ejemplos que le dé, son hechos que quedan á la apreciación del Juez, á los efectos de la privación ó suspensión de la patria potestad.

Sin embargo, son dignas de tenerse en cuenta en este lugar, la circular del Ministerio de la Gobernación de 31 de Enero de 1903, y la ley sobre mendicidad de 23 de Julio del mismo año.

Según la primera, la sola presencia de hijas de familia menores de veintitrés años en casas de mal vivir, es indicio vehementísimo de haber merecido sus padres la destitución que establece el art. 171 del Código civil.

Castiga la ley de 23 de Julio de 1903, con multas y arrestos, á los padres, tutores ó guardadores cuyos hijos ó pupilos, menores de diez y seis años que estén á su cargo, fueren detenidos por hallarse mendigando, vagando ó pernoctando en paraje público, á los que obligaren á sus hijos ó pupilos á mendigar, ó les maltrataren por no haber obtenido producto bastante de la mendicidad, y á los que los entregaren á terceras personas con dicho fin, mediando ó no precio, recompensa ó promesa, y añade el art. 4.º: «Cuando los padres ó tutores sean castigados por tercera vez con arreglo á los arts. 1.º y 2.º, ó dos veces con sujeción al art. 3.º, ó por virtud de aquéllos y éste, la condena llevará consigo la suspensión del derecho de los padres ó tutores á la guarda y educación de los menores, y el ingreso de éstos en un establecimiento de Beneficencia donde serán guardados y educados. La suspensión durará dos años, pudiendo cesar antes ó prorrogarse por mayor tiempo, si así lo determina el Tribunal que fuese competente para entender, en los casos á que se refiere el art. 171 del Código civil, previo informe del Jefe del establecimiento donde estuviere el menor, acerca del estado de su educación, y con audiencia del Ministerio fiscal. Si durante este tiempo cambiasen las condiciones de la representación legal del menor, podrá el propio Tribunal confiar su guarda y educación á las personas llamadas á esta representación, siempre que ofrezcan garantías bastantes de cumplir tales deberes».

Cuando las infracciones á que se refiere el art. 171 tengan carácter criminal deben observarse los preceptos del Enjuiciamiento y Código penales.

De suerte que el procedimiento que debe seguirse para la privación absoluta ó temporal de la patria potestad depende del hecho que la ocasiona. Puede ser motivo que la origine directa-

mente, y entonces debe emplearse en general el procedimiento civil en el caso del art. 171, ó el criminal en aquel á que se refiere el párrafo primero del 169, y este último á instancia de parte ó de oficio. En otros casos es consecuencia de otro juicio, como en el divorcio ó cuando se imponen penas que llevan como accesoria la interdicción civil.

Si es necesario emplear el procedimiento civil, deberán decidirse estas cuestiones en juicio ordinario de mayor cuantía, por referirse á derechos que versan sobre la condición de las personas.

Es preciso también tener presente que la ley de Enjuiciamiento civil autoriza en su art. 1880 el depósito «de los hijos de familia, pupilos ó incapacitados, que sean maltratados por sus padres, tutores ó curadores, ú obligados por los mismos á ejecutar actos reprobados por las leyes». Constituído el menor en depósito, dispone el art. 1914 de dicha ley que para exponer y pedir en el juicio correspondiente lo que convenga á su defensa, se le nombre un curador para pleitos, ó sea un defensor. Estas precauciones debieran adoptarse también por el Juez cuando proceda de oficio.

Al decretarse la privación de la patria potestad corresponderá ésta á la madre ó deberá nombrarse tutor, según los casos.

Es preciso también tener en cuenta el art. 2.º de la ley Hipotecaria, que dispone en su párrafo cuarto que deben inscribirse en los Registros de la propiedad inmueble «las ejecutorias en que se declare la incapacidad legal para administrar, la ausencia ó la presunción de muerte de personas ausentes, se imponga la pena de interdicción ó cualquiera otra por la que se modifique la capacidad civil de las personas, en cuanto á la libre disposición de sus bienes».

Declara la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Junio de 1906, que, siendo indignos el padre y la madre, pueden y deben ser ambos privados de la patria potestad, ya que aunque la madre no la ejerce sino en defecto del padre, en ella habrá de recaer, si sólo al padre se le privase de ese derecho, siendo re-

dundante exigir un nuevo juicio posterior para arrebatar á la madre facultades que desde luego consta que es indigna de ejercer.

ARTÍCULO 172

Si la madre viuda que ha pasado á segundas nupcias vuelve á enviudar, recobrará desde este momento su potestad sobre todos los hijos no emancipados.

Como á la madre viuda que contrae matrimonio sólo se le priva de su potestad sobre los hijos en consideración á la influencia perjudicial que puede ejercer su nuevo marido, es lógico que recobre aquellos derechos cuando desaparece dicho inconveniente, naturalmente siempre que existan términos hábiles para ello, ó sea cuando no se hayan emancipado legalmente todos ó alguno de sus hijos. Por esta razón creemos acertado el proceder de nuestro Código y el de aquellos que, como el de Méjico, consignan explícitamente el principio contenido en este artículo.

CAPÍTULO V

De la adopción.

Respecto á ésta como á todas las instituciones, se ocurren dos preguntas: ¿Es de derecho natural? ¿Responde á las necesidades del tiempo en que se aplica?

En cuanto al primer punto indicamos anteriormente que el fundamento de la patria potestad se encuentra en la necesidad de proteger la vida y el desarrollo del hijo, asignándola como fin el bien del mismo. Este objeto no lo agota la patria potestad que tiene su origen en el matrimonio, y entre las relaciones extramatrimoniales de que puede derivarse no hay en el derecho natural obstáculo alguno en que sea una la adopción, que procede de una causa tan legítima como la voluntad expresa ó presunta de las personas que establecen aquella relación jurídica. Y entrando en el desenvolvimiento del concepto, es evidente que también tiene su razón filosófica la distinción, que hacía el pueblo más apto para el cultivo del derecho que la historia ofrece, entre la arrogación y la adopción propiamente dicha, pues no se concibe que sean los mismos los efectos del *por fijamiento*, usando la palabra castiza de las Partidas, de aquel que no tiene padre natural y del que tiene la fortuna de conservarlo. Basta meditar un momento para convencerse del fundamento racional de esta distinción; pero aun cabe discutir si debiera ser lícita la adopción en el primer caso. Entendemos que sí, pues de la propia suerte que la ley declara á veces la incapacidad del padre para el cumplimiento de sus deberes, debe admitirse también que espontáneamente la reconozca, cuando procede de deficiencias de la inteligencia, por ejemplo, ó de especiales situaciones

de la vida, y cabe entonces que delegue sus derechos. A nadie se le ocurre decir que no puede delegarlos para después de la muerte con el nombramiento de tutor, y temporal ó parcialmente á favor de los que se hallan al frente de establecimientos de enseñanza ó corrección.

Una de las legislaciones que han regulado de una manera más completa la adopción, es la de Roma, que encontraba en dicha ficción de la paternidad natural el medio de evitar que se extinguiera una familia, lo que tenía tanta importancia en el orden político como en el religioso del pueblo-rey. De esta suerte, y con la habilidad sutilísima que caracterizó á los romanos, eludieron las penas de la ley Papia Popea, y reunieron en una misma familia dignidades propias de patricios y plebeyos. Los germanos, que traían á la vida jurídica algunos conceptos sanos y vigorosos, pero que se hallaban distantes de los primores del Derecho romano, desconocían la adopción, y por esto dijeron los francos en la *coutume* de Lille: *Adoption n'a lieu*. Ambos principios no podían menos de reflejarse en el derecho español, y así vemos que las Partidas son trasunto de las leyes romanas en punto á la adopción, y que en los fueros municipales, ni en las legislaciones de Navarra y Vizcaya, no se hallen vestigios de ella (1). El sentido del derecho germano ha transcendido á algunos códigos europeos y americanos, como los de Portugal y Méjico, que nada dicen acerca de aquella institución. Este ejemplo estuvo asimismo á punto de seguir la Comisión de Códigos que redactó el proyecto de 1851, pues hubo para ello una casi

(1) Acostúmbrase á decir, siguiendo á Palacios, Asso y Manuel, *Inst.*, libro I, tít. VIII), que la adopción no está en uso en Aragón. Mas, aunque se practique hoy poco, como sucede en el resto de España, el hecho es que no está derogada. Los fueros y observancias la admiten con más crudeza todavía que el derecho común, permitiendo que puedan adoptar las mujeres y que pueda adoptarse á extraños aun teniendo hijos legítimos, y señalando á los hijos adoptivos con respecto á sus padres las mismas obligaciones que los legítimos. Además, la adopción ha alcanzado amplios desarrollos consuetudinarios en el Alto Aragón, donde ostenta formas jurídicas como la del *acogimiento*, tan bien descrita por Costa en su *Derecho Consuetudinario del Alto Aragón*.

unanimidad, y sólo se salvó, al decir del Sr. García Goyena, porque un vocal, hijo de Andalucía, manifestó que en su país se daban algunos, aunque raros, casos de ella.

En nuestro concepto, ha hecho bien en conservarla el Código, puesto que se trata de una institución que tiene sus raíces en el derecho natural, que no reviste carácter obligatorio y que aun aplicada pocas veces han de ser sus consecuencias beneficiosas. En efecto; no creemos que conocen la realidad de la vida los que afirman que fomenta el celibato, puesto que no dejará nadie de casarse por el placer de adoptar á los cuarenta y cinco años cumplidos; ni aquel, á quien retraen del matrimonio los cuidados y deberes domésticos, abandonará sus pretendidas comodidades para consagrarse á la educación y vigilancia de un niño. Otro temor ofrece más gravedad, y es el de que favorezca la filiación ilegítima, y se alega á este efecto que la estadística demuestra en Francia que desde 1837 á 1841, de 70 adopciones, 37 lo habían sido en favor de hijos naturales. Creemos muy difícil que hagan esta afirmación los que pongan el problema en sus verdaderos términos, que son los de averiguar si permitiéndose la adopción de los hijos naturales éstos aumentarán, ó si habría en todo caso los mismos, y en algunos se favorecería su condición, bien digna de lástima y de solicitud por parte de la sociedad.

Las corrientes doctrinales contrarias á la adopción no han sido obstáculo á que sea esta institución admitida por el Código alemán, en sus arts. 1741 y siguientes, y por el de Suiza, á pesar de que era totalmente desconocida en algunos cantones como Friburgo, Vaud y Valais.

Examinando en conjunto el capítulo que vamos á comentar, acaso se note la falta de una definición, y en este punto creemos digno de ser imitado el Código de Guatemala, que da la siguiente, modelo de concisión y de sabor clásico: «La adopción ó prohijamiento es el acto de tomar por hijo al que no lo es del adoptante». No podía ofrecer duda de ser este el significado de esa palabra, y por esto se habrá omitido su definición.

Los dos principios en que se inspira este capítulo son, el axioma romano *adoptio est aemula naturae, seu naturae imago*, y la necesidad de evitar que la codicia adopte la forma de afecto, si bien esto ofrece á veces el inconveniente de reducir la adopción á un mero contrato de beneficencia. Veamos ahora cómo se han desarrollado esos principios en los artículos que contiene.

ARTÍCULO 173

Pueden adoptar los que se hallen en el pleno uso de sus derechos civiles y hayan cumplido la edad de cuarenta y cinco años. El adoptante ha de tener por lo menos quince años más que el adoptado.

Exige este artículo en el que adopta, personalidad jurídica, y, por tanto, no permite esta facultad á todos aquellos que la tienen restringida en virtud del art. 32, ó sea en los casos de demencia ó imbecilidad, sordomudez, prodigalidad é interdicción civil. De la menor edad no hablamos, puesto que el Código marca la precisa para la adopción.

¿Puede ser extranjero el adoptante? A nuestro juicio sí, puesto que el art. 27 establece terminantemente que «los extranjeros gozan en España de los derechos que las leyes civiles conceden á los españoles».

En cuanto al adoptado, no se exige otra condición que la de tener por lo menos quince años menos que el adoptante, cuyo límite consideran algunos escaso, á nuestro modo de ver sin razón, pues es sabido que nuestra ley coloca la pubertad á los doce años en las hembras y á los catorce en los varones.

Suscítase una duda fundada acerca de si puede adoptarse á los hijos ilegítimos. Acerca de los naturales reconocidos no cabe duda, puesto que, según el art. 154, están bajo la potestad del padre ó madre que los reconoce, y no se concibe que se cree una relación ficticia donde la hay natural. En punto á los no reconocidos y á los demás ilegítimos, si no se manifiesta la filiación es lo mismo que si se tratara de extraños; y si se indica, está el

padre obligado á cumplir con ellos los deberes que le impone la ley. Si la adopción es una ficción del derecho, y consiste en tomar por hijo al que no lo es, será lógico deducir que no puede ser aplicable á los hijos del adoptante, de cualquiera clase que sean: si llegan á ser adoptados, lo serán como extraños. El Código no habrá creído conveniente establecer sobre este punto prohibición ni declaración alguna, en consideración sin duda á que con la adopción podrá llenarse sin escándalo un deber moral y de conciencia.

Es preciso tener asimismo en cuenta lo dispuesto en el artículo 178. Tratándose de un mayor de edad, parece también indispensable, aunque el Código no lo dice, que esté en el pleno uso de sus derechos civiles para que pueda prestar su consentimiento, y si no lo está, se hará lo que ordena dicho artículo.

No resulta en el Código que sea susceptible de dispensa el requisito de la edad de cuarenta y cinco años, exigida para la adopción. Más liberal en este punto el de Alemania—que exige en principio que el adoptante tenga por lo menos cincuenta años cumplidos y exceda en diez y ocho al adoptado—permite á los Estados confederados dispensar de estas condiciones, con tal que el adoptante sea mayor de edad (arts. 1744 y 1745).

ARTÍCULO 174

Se prohibe la adopción:

1.° A los eclesiásticos.

2.° A los que tengan descendientes legítimos ó legitimados.

3.° Al tutor respecto á su pupilo hasta que le hayan sido aprobadas definitivamente sus cuentas.

4.° Al cónyuge sin consentimiento de su consorte. Los cónyuges pueden adoptar conjuntamente, y, fuera de este caso, nadie puede ser adoptado por más de una persona.

La denominación de *eclesiásticos,* si bien se comprende el alcance que le ha dado el legislador, resulta contra su propósito

demasiado extensiva ó restrictiva, según se la considere. Creemos que reune más precisión canónica la del art. 83: «los ordenados *in sacris* y los profesos en una Orden religiosa canónicamente aprobada, ligados con voto solemne de castidad, á no ser que unos y otros hayan obtenido la correspondiente dispensa canónica». Esta creemos que es la verdadera interpretación de lo que debe entenderse por eclesiásticos al prohibirles la adopción.

En cuanto al clérigo apóstata, entendemos que debe alcanzarle la prohibición. En efecto; no se consiente que adopte el elesiástico por respeto al celibato que la religión impone, y el respeto á los preceptos religiosos no ha de ser menor porque cualquiera los quebrante. Dado el carácter del sacramento del Orden, impone deberes que ante la Iglesia no se extinguen con la apostasía. Por otra parte, puede darse el caso de reingresar el apóstata en el clero regular ó secular, y entonces tendría hijos adoptivos un eclesiástico contra lo que dispone el Código.

En cuanto al fundamento de esta prohibición, disentimos de los que encomian la legislación francesa, que no la reconoce, y la creemos acertada por elevadas consideraciones de moral, pues importa siempre que á los ligados con los estrechos deberes del celibato no se les proporcionen facilidades que aminoren las consecuencias de sus faltas, y es preciso evitar que cualquier hecho sirva de base á juicios temerarios que cedan en menoscabo de su honra. Este es el único caso en que concedemos fuerza á un argumento impugnado en la parte preliminar de este capítulo, teniendo en cuenta la aplicación estricta y severa que debe hacerse en este orden, no ya de los preceptos, sino aun de los consejos evangélicos.

También prohibe el Código la adopción á los que tengan descendientes legítimos ó legitimados, omitiendo á los hijos naturales reconocidos. Aquí puede tener aplicación el art. 29, que declara que «el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables». El fundamento de esta prohibición es sencillo y evidente tratándose de los que consideran que la

adopción tiene por fin proporcionar consuelo al que no tiene hijos, pero no para nosotros que no vemos en aquella obra de misericordia, aunque muy piadosa y loable, la base suficiente de una institución jurídica. Nosotros encontramos legitimada dicha prohibición, teniendo en cuenta los conflictos y diferencias que produciría la entrada del extraño adoptado en una sociedad familiar que cuenta ya con otros individuos á quienes prodigar los cuidados y atenciones á que el adoptado tendría derecho.

La ley es salvaguardia de los intereses del pupilo al impedir que pueda adoptarlo su tutor antes de que le hayan sido aprobadas definitivamente las cuentas de la tutela.

Respecto al último caso del artículo que comentamos, cuya razón salta á la vista, creemos conveniente indicar que se permite que coincida la manifestación de la voluntad de ambos cónyuges, pero que no es preciso que lo sea en un solo acto. No deja de haber adopción conjunta aunque ambos cónyuges otorguen la respectiva escritura en momentos distintos.

El precepto de que nadie, excepto en el caso anterior, puede ser adoptado por más de una persona, se refiere á la adopción simultánea, no á la sucesiva. Muerto el adoptante, no puede haber inconveniente en que su hijo adoptivo sea adoptado por otro.

ARTÍCULO 175

El adoptado podrá usar, con el apellido de su familia, el del adoptante, expresándolo así en la escritura de adopción.

La facultad que por este artículo se concede al adoptado, le autoriza para anteponer el apellido del adoptante á los de su padre y madre legítimos ó naturales que hubiere usado hasta entonces, como se acostumbra. Si por una ficción legal pasa á ser hijo del adoptante, es lógico que lleve también el apellido de éste.

Según el art. 64 de la ley de Registro civil de 1870 y el 69 y siguientes de su reglamento, ese cambio de apellido no podía

hacerse sino por autorización del Gobierno, en virtud de Real orden expedida por el Ministerio de Gracia y Justicia, previa la instrucción de un expediente, en el que se daba audiencia á las personas á quienes pudiera interesar, llamándolas por edictos en los periódicos oficiales, y en todo caso al Ministerio fiscal, y no producía efecto la gracia mientras no se anotaba en el Registro civil al margen del acta del nacimiento del adoptado. Por el artículo de este comentario se han suprimido esas formalidades para este caso, y basta expresarlo en la escritura de adopción, para que el adoptado pueda usar el apellido del adoptante, anteponiéndolo al de su familia, si bien para que produzca efecto será indispensable la anotación en el Registro civil, lo mismo y á la vez que la de la adopción, por la modificación que producen en el estado civil.

ARTÍCULO 176

El adoptante y el adoptado se deben recíprocamente alimentos. Esta obligación se entiende sin perjuicio del preferente derecho de los hijos naturales reconocidos y de los ascendientes del adoptante á ser alimentados por éste.

En todo lo que se refiere á alimentos debe aplicarse el título 6.º de este libro, puesto que el último artículo del mismo, ó sea el 153, establece que «las disposiciones que preceden son aplicables á los demás casos en que *por este Código*, por testamento ó por pacto se tenga derecho á alimentos, salvo lo pactado, lo ordenado por el testador ó lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate». Los alimentos que recíprocamente se deben el adoptante y el adoptado son los llamados *civiles*, determinados en el art. 142.

ARTÍCULO 177

El adoptante no adquiere derecho alguno á heredar al adoptado. El adoptado tampoco lo adquiere á heredar, fuera de testamento, al adoptante, á menos

que en la escritura de adopción se haya éste obligado á instituirle heredero. Esta obligación no surtirá efecto alguno cuando el adoptado muera antes que el adoptante. El adoptado conserva los derechos que le corresponden en su familia natural, á excepción de los relativos á la patria potestad.

Las razones en que se funda la disposición del art. 166, expuestas en su comentario, para privar al adoptante del usufructo de los bienes del adoptado, abonan la del presente artículo, en cuanto por él se declara que aquél no adquiere derecho alguno para heredar á éste, lo cual ha de entenderse respecto de la herencia legítima ó intestada, pero no obsta á la testamentaria. El adoptado con aptitud legal para hacer testamento, ahora lo mismo que antes, puede instituir en él por su heredero á su padre adoptante, ó dejarle la parte de libre disposición cuando tenga ascendientes ó descendientes que sean sus herederos forzosos.

La novedad que por este artículo se introduce en nuestro antiguo derecho está en su segunda disposición, por la cual se declara que el adoptado no adquiere derecho alguno á heredar al adoptante, fuera de testamento. Era doctrina corriente, fundada en las leyes 5.ª, tít. 6.º, libro 3.º, y 1.ª, tít. 22, libro 4.º del fuero Real; 8.ª y 9.ª, tít. 16 de la Partida 4.ª, y 1.ª y 7.ª, título 20, libro 10 de la Novísima Recopilación, que el adoptado era heredero abintestato del adoptante que no tenía descendientes ni ascendientes legítimos ó naturales; pero no se le concedía porción legitimaria, ypodía ser preterido en testamento. Estas disposiciones han quedado derogadas por la que estamos comentando, la cual, conforme á la ley de Bases, se ha acomodado á la del art. 141 del Proyecto de 1851, si bien con la justa y prudente adición de que el adoptado tendrá derecho á heredar abintestato al adoptante cuando en la escritura de adopción éste se hubiere obligado á instituirle heredero.

El Código civil francés (art. 350), á la vez que declara que el adoptado no adquiere ningún derecho á la sucesión en los bienes

de los padres del adoptante, lo mismo que en España, le concede sobre los bienes de éste los mismos derechos que á los hijos legítimos, aunque haya otros hijos nacidos después de la adopción. Las mismas declaraciones se hacen en el de Bélgica, también en su art. 350, en el de Italia (art. 737), en el de Alemania (art. 1757), en el de Suiza (art. 268) y en casi todos los demás que admiten la adopción. El de Guatemala (art. 275) declara al adoptado heredero forzoso del adoptante cuando éste carece de hijos legítimos, legitimados ó reconocidos y de padres legítimos. A pesar de estos antecedentes, nuestro Código no concede al adoptado el derecho de heredero forzoso sino en el caso de haberse obligado el adoptante en la escritura de adopción á instituirle heredero; obligación que sólo puede surtir efecto cuando el adoptado muere antes que el adoptante. De este modo se ha procurado un término medio, racional y justo entre nuestra antigua jurisprudencia y lo que se establecía en el Proyecto de 1851.

La disposición final de este artículo es igual á la establecida en todos los códigos que admiten la adopción y en nuestro derecho antiguo. El adoptado conserva los derechos que le corresponden en su familia natural, inclusos los de sucesión recíproca, con la única excepción de los relativos á la patria potestad; pero si muere el adoptante, recobrará ésta el padre natural, como consecuencia de dicho principio.

ARTÍCULO 178

La adopción se verificará con autorización judicial, debiendo constar necesariamente el consentimiento del adoptado, si es mayor de edad; si es menor, el de las personas que debieran darlo para su casamiento; y si está incapacitado, el de su tutor. Se oirá sobre el asunto al Ministerio fiscal; y el Juez, previas las diligencias que estime necesarias, aprobará la adopción, si está ajustada á la ley y la cree conveniente al adoptado.

ARTÍCULO 179

Aprobada la adopción por el Juez definitivamente, se otorgará escritura, expresando en ella las condiciones con que se haya hecho, y se inscribirá en el Registro civil correspondiente.

Sabido es que las Partidas copiaron la distinción que el derecho romano establecía, atendiendo al estado civil de las personas, entre la *adopción* propiamente dicha y la *arrogación*. Esta diferencia era de necesidad en Roma, dada la organización de *estados* y el carácter de permanencia que tenían los vínculos de la familia, y especialmente la *patria potestas*. Al existir una diferencia notable de derechos entre el hijo de familia y el *sui juris*, claro es que, tanto las ceremonias para la adopción como el carácter mismo de esta solemnidad, habían de tener, en cada caso, modalidades ajustadas á la condición de la persona. Así era, en efecto. El superior, y en cierto modo el dueño del hijo de familia, era el padre, y á él tocaba dar el consentimiento para la adopción, viniendo á ser ésta, en realidad, un contrato privado entre el padre y el adoptante. Pero cuando la persona adoptada era libre, entonces la cuestión tomaba otro carácter, y su *arrogación* exigía otros requisitos. Esta diferencia de forma continuó en las Partidas, puesto que conservaron la distinción fundamental del estado de las personas que pueden ser adoptadas; y así, para la *adopción* propiamente dicha, se exigía la autorización del juez, y para la *arrogación* el otorgamiento del Rey (ley 7.ª, título 7.º, Partida 4.ª).

Considerando vigentes estas leyes (con la modificación de forma que el procedimiento de *gracias al sacar* imponía), la de Enjuiciamiento civil de 1881 mantuvo los dos géneros de adopción, ordenando en su art. 1832 la forma en que había de solicitarse el otorgamiento Real para la arrogación y para los casos de adopción en que también era necesario conforme á dichas leyes, limitados estos casos á la adopción hecha por mujer que

hubiere perdido algún hijo en servicio del Estado, y á la del pupilo mayor de veinticinco años, hecha por el que fué su tutor (leyes 2.ª y 6.ª, tít. 16, Partida 4.ª).

No obstante, lo inapropiado de semejante doctrina en una sociedad moderna, donde la jerarquía de estados civiles no existe como en Roma, ni la familia tiene igual organización, había de saltar pronto á la vista. Así ha ocurrido, en efecto, inclinándose todas las tendencias á suprimir la distinción de aquellas dos formas, como así lo hizo ya el Proyecto de 1851, copiándolo luego el de 1882.

Lo propio hace el Código; y natural es que, al reducir á una ambas especies bajo el nombre común de *adopción*, reduzca también á una sola la forma legal de celebrarla. Desaparece, por tanto, el otorgamiento del Rey, y siempre que haya lugar á una adopción, según los requisitos del art. 173, habrá de celebrarse ante el juez, como prevenía la ley 91, tít. 18, Partida 3.ª El citado Proyecto de 1851 se desvió algo de esta tradición, haciendo que el acto se celebrase ante el alcalde.

Los requisitos formales de la adopción son, pues: autorización judicial; consentimiento del adoptado, si es mayor de edad y no está incapacitado; de las personas que debieran darlo para su casamiento, si es menor, y del tutor en caso de incapacidad. Para esto prescribe el art. 178 que se oiga al Ministerio fiscal, y que luego decida el juez la aprobación ó no aprobación del acto, después de estimar, como mejor creyese para el buen conocimiento del caso, si conviene ó no al adoptado. Estas disposiciones se completan con las de los arts. 1825, 1826 y 1828 á 1831 de la ley de Enjuiciamiento civil, en los cuales se establecen los trámites para la comparecencia de los interesados, diligencias de información y dictamen del Ministerio fiscal.

Cuando el adoptado fuese expósito, los requisitos varían con arreglo á la legislaeion de Beneficencia, entendiendo entonces las Comisiones provinciales de este ramo, consideradas como tutoras de los expósitos, y ante las cuales se abre el expediente oportuno, según disponen las leyes de 6 de Febrero de 1822

y 20 de Junio de 1849 y el reglamento de 14 de Mayo de 1852. En este caso la persona que debe prestar el consentimiento es el jefe de la casa de expósitos (párrafo 5.º del art. 46), así como en los demás lo serán las personas citadas en los otros párrafos del mismo artículo, incluso el consejo de familia.

El acto se considera celebrado legalmente, cuando media la aprobación judicial; pero no basta para que surta efectos civiles, ni menos para que pueda alegarse contra tercero. Será preciso todavía su elevación á escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro civil, en forma de anotación marginal, según ya tenía prevenido la ley del Registro (arts. 60 y 61). En esta escritura deben expresarse las condiciones con que haya sido hecha la adopción, una de las cuales deberá ser la de si el adoptante se obliga á instituir heredero al adoptado, pues sin este requisito no puede éste ser tenido por heredero abintestato de aquél, según el art. 177.

Según el art. 20, regla 2.ª de la vigente ley del Timbre de 1.º de Enero de 1906, el primer pliego de las escrituras de adopción debe extenderse en papel de 50 pesetas.

Todas estas formalidades, en lo que tienen de nuevas, no obligan en aquellos casos en que el expediente de adopción estaba pendiente ante el Gobierno ó los Tribunales á la fecha de promulgarse el Código; pero los interesados pueden optar por el procedimiento nuevo, dejando el antiguo. Así lo permite el número 11 de las disposiciones transitorias.

ARTÍCULO 180

El menor ó el incapacitado que haya sido adoptado, podrá impugnar la adopción dentro de los cuatro años siguientes á la mayor edad ó á la fecha en que haya desaparecido la incapacidad.

La disposición que encierra este artículo no tiene más precedente, en nuestro derecho, que el art. 146 del Proyecto de 1882. En la legislación anterior no existe nada que se le

pueda referir concretamente. Tampoco lo hay en códigos modernos tan importantes como el italiano y el francés; pero si bien se considera, este derecho que se concede al menor y al incapacitado, es una consecuencia lógica é imprescindible de la forma en que se verifica su adopción y de las consecuencias que puede traerles.

Tanto el uno como el otro no son capaces, por su estado especial, de prestar consentimiento para ser adoptados; préstanlo en nombre suyo «las personas que debieran darlo para su casamiento», ó el tutor; pero en ambos casos hay, legalmente, sólo una presunción de voluntad, y una apreciación hecha por personas que no son las mismas interesadas, sobre conveniencia moral y material de la adopción. ¿Cuán justo no es, por tanto. que llegados el menor ó el incapacitado á situación legal de expresar su voluntad y darle efectos jurídicos propios, la expresen con respecto á un hecho que quizá muda profundamente su estado civil ó perjudica á sus intereses?

Por razones análogas, aparte de otras, se ha concedido igual derecho de impugnación al menor reconocido (artículo 133), y eso que se trata de padres que lo son por naturaleza; ¿cómo no concederlo tocante á los padres adoptivos? Siguiendo este criterio, la legislación de Vermont (Estados Unidos), dispone que el menor adoptado pueda impugnar la adopción en el año siguiente á su mayor edad. Tal vez este plazo debe considerarse como demasiado corto, así como nos inclinaríamos á pensar que el señalado por nuestro Código es algo excesivo; pero de un modo ú otro, la justicia de este derecho queda evidente.

Y no vale para rechazarla la razón de que con ella se abre la puerta á la ingratitud. Si el padre adoptivo sabe cumplir con sus deberes de cariño y cuidado respecto del hijo que adoptó, lo más seguro es que éste no trate de renunciar al beneficio de la vida en familia, cuyas ventajas no se sustituyen con una libertad que equivale al aislamiento. Pero si, no obstante, el adoptado fuese ingrato á los cuidados recibidos y pretendiera abandonar su nueva familia por incompatibilidad de carácter, por

amor á la independencia ó por otras causas menos atendibles, no vemos qué perjuicio causará á los padres adoptantes prescindir de un elemento que sería siempre, en la casa, discordante y divorciado moralmente de los otros. ¿Cuánto mejor no es devolverle una libertad que por artificio, no por la naturaleza, ha perdido?

Téngase, por fin, en cuenta, que siendo el artículo que comentamos nada más que una salvaguardia para los casos en que la adopción se ha hecho por miras interesadas que perjudiquen al adoptado, basta que sirva en caso de éstos, evitando una injusticia, para que se deba prescindir de aquellas razones de puro sentimiento que hemos impugnado y que no tienen valor alguno frente á ésta, que es fundamental.

¿Qué causas servirán para la impugnación? Las legislaciones de Conneticut, Maine y Carolina del Norte, indican que ha de ser por justa causa y aun enumeran algunas. Nuestro Código no dice nada, ni creemos que hay entre sus artículos ninguno que por analogía pueda aplicarse á este caso. Queda, pues, encomendada su decisión al criterio judicial, que apreciará debidamente lo alegado por el reclamante. En cuanto á la forma, tendrá que ser la del juicio declarativo de mayor cuantía.

Si la impugnación prospera, constituirá un modo de acabarse las relaciones de adopción. ¿Pueden terminar además en algún otro caso? Para este efecto distinguimos, como acerca de la filiación natural y legítima hicimos, las relaciones que constituyen la patria potestad y las demás que ligan á padres é hijos, sean cualesquiera su clase y condición. Hemos dicho que los hijos adoptivos están bajo la potestad del que los adopta, y, por lo tanto, terminará aquélla por alguno de los modos de acabarse la patria potestad que el Código enumera. Pero las demás relaciones entre adoptante y adoptado pueden y deben seguir, pues de lo contrario no tendría explicación el art. 178 que expresamente autoriza la adopción del mayor de edad, mientras que por sentencia firme no se declare sin efecto la adopción. Y téngase presente que el ejercicio de esta acción sólo se concede al mis-

mo menor ó incapacitado, luego que haya desaparecido la incapacidad.

En los Códigos alemán y suizo, si bien no hay ninguna disposición análoga á la del artículo que comentamos, hay, en cambio, amplia tolerancia para la revocación de las adopciones en cualquier tiempo. Así el Código suizo (art. 269) admite dos clases de revocación: la *contractual*, para lo cual basta el consentimiento de las partes, y la *judicial*, que puede ser promovida por el adoptado alegando alguna justa causa, como la mala conducta del adoptante, la negligencia de éste en el cumplimiento de sus deberes de padre adoptivo, etc.

TÍTULO VIII

DE LA AUSENCIA

I

Legislación anterior al Código.

La ausencia como estado jurídico de las personas, en el sentido en que trata de ella el presente título, puede decirse que es una institución organizada en los códigos modernos, á pesar de que la necesidad social á que responde y la razón filosófica en que se inspira han debido sentirse y apreciarse en todos los tiempos.

En efecto; ni el derecho romano, tan completo y previsor en otras materias y tan fecundo en instituciones jurídicas ni la legislación patria vigente á la publicación del Código civil, regularon la ausencia, ni menos establecieron un sistema completo, un organismo jurídico con principios fijos y exactos que ordenase dicha institución.

Algunas cuantas leyes pueden encontrarse en el Digesto que hagan relación á la ausencia, como la 12 y 13, tít. 8.°, libro 2.°; 56, tít. 1.°, libro 7.°; 68, tít. 2.°, libro 35; 173 y 199, tít. 16, libro 50; 5.ª, tít. 3.°, libro 3.°, y algunas otras del título 6.° del libro 4.° También pudiéramos citar varias del tít. 54, libro 2.° del Código Justiniano, y el cap. 7.° de la Novela 22; pero todos sus preceptos se referían á aislados aspectos de la ausencia y á especiales relaciones jurídicas á que la misma puede dar origen, ya en cuanto á la prescripción, á la restitución, etc., sin coordinación ni enlace.

La misma deficiencia, ó mayor aún, se observa en el antiguo derecho de Castilla, puesto que sólo se encuentran en él la ley 12 del tít. 2.º de la Partida 3.ª, que dispone se nombre guardador que cuide de los bienes del ausente y con el cual se entienda el que quiera demandarlos; la ley 10, tít. 23 de dicha Partida, relativa á la firmeza de las sentencias dadas contra el ausente; la ley 14 del tít. 14 de la misma Partida, que establece la presunción de muerte del que anda en tierras extrañas, si pasados diez años fuere fama pública que habia fallecido; la ley 8.ª del tít. 1.º de la Partida 4.ª, que disuelve los esponsales cuando alguno de los que los contraen se va á otra tierra y no le pueden hallar ni saber su paradero, las leyes 8.ª, tít. 9.º de la Partida 4.ª, y 5.ª, tít. 17 de la Partida 7.ª, según las que no podrá ser acusada de adulterio la mujer cuyo marido hubiere desaparecido, si acaeciese que tardare tanto tiempo que fiziese creer que había muerto, ó viniesen á la mujer nuevas de su muerte, siendo persona de creer quien lo dijese; la ley 4.ª, tít. 11, libro 3.º del Fuero Real, y la 28, tít. 29 de la Partida 3.ª, referentes á la prescripción; y por último, la ley 26, tít. 31 de la misma Partida 3.ª, que hablando de cuando deberá entenderse concluído el usufructo concedido á las villas y ciudades, consigna como término máximo de la vida humana los cien años, autorizando, por lo tanto, la presunción de muerte del ausente que contare dicha edad (1).

Todo esto, como se ve, era muy deficiente ó incompleto para un hecho tan repetido y frecuente, lo mismo en los tiempos an-

(1) En los Fueros de Aragón se registran también algunas disposiciones respecto á la ausencia. Los ausentes pueden serlo por asuntos del Estado ó en asuntos particulares. Los primeros gozan del beneficio de quedar ilesos por fuero, de tal modo que no corre contra ellos ninguna clase de prescripción. (Observ. 4.ª *De privilegiis absentium.*) En cuanto á los ausentes por causas particulares, sus bienes son administrados por el apoderado, si lo tuviesen, y en su defecto, por la esposa. (Observ. 27. *De jure dotium.*) Cuando hubieren pasado diez años sin renovar el poder del administrador dejado por el ausente, los que habían de ser sus herederos abintestato, pueden pedir la entrega de los bienes, prestando fianza de no enajenarlos y dar cuenta de la administración al regreso del ausente. (Fuero único. *Ut fratres vel propinqui absentis*, etc.)

tiguos que en los presentes; y primero los tratadistas, y la jurisprudencia después, vinieron á suplir sus vacíos, porque es ley constante en la vida de los pueblos, que donde quiera que existe una necesidad que el derecho no ha previsto, la costumbre se encarga de establecer reglas para satisfacerla.

De las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, no muy numerosas por cierto, cuyas declaraciones se refieren á la materia objeto de este título, nos limitamos á mencionar tan sólo, por la aplicación que ha de tener más adelante, la doctrina establecida en las de 22 de Diciembre de 1860 y 13 de Diciembre de 1863, que declaran ser costumbre usada y fielmente guardada, que cuando se ignore el paradero, y, por consiguiente, la existencia de una persona largo tiempo ausente ó desaparecida, se nombre curador que se haga cargo de los bienes del ausente y los cuide y administre bajo fianza, siendo costumbre encomendar dicha curaduría á los parientes más próximos que tuvieren derecho para heredarle abintestato.

No descendemos, por carecer hoy de objeto práctico, á la exposición de las intrincadas cuestiones tratadas por los glosadores y comentaristas que se propusieron escrudiñar el sentido de los preceptos citados en demanda de solución para las dudas planteadas en el terreno de la controversia, ni á la de las complicadas clasificaciones hechas con dicho objeto por los tratadistas, entre los cuales descuellan las de A. Curcio y Gregorio López, de las cuales puede encontrarse noticia en el completísimo estudio hecho de la materia en la notable publicación titulada *Enciclopedia española de Derecho y Administración.*

La legislación, que siempre se había mostrado favorable á los ausentes, no podía contentarse con esas disposiciones sueltas, sin enlace; é imponiéndose de modo bien sensible la necesidad de establecer un completo cuerpo de doctrina, no pudo pasar desapercibido esto á los autores del proyecto de código de 1851, que trataron, en efecto, de subsanar dicha falta, consagrando un título especial á esta materia, en el que se establecieron las bases para el más perfecto desarrollo de dicha institución.

Tomando por modelo el Código francés, los redactores del referido proyecto consideraron la ausencia en tres períodos: uno de mera prevención ó simple presunción de ausencia; otro de ausencia propiamente dicha, y otro de presunción de muerte; y á esos diversos estados corresponden los seis capítulos en que dividieron dicho título, que es el undécimo del mismo.

Algunas disposiciones de interés puramente procesal fueron establecidas después en la ley de Enjuiciamiento civil de 1855 para la efectividad de los derechos hereditarios y representación en juicio de los ausentes, y algunas otras se encuentran también en la ley de Matrimonio civil, reducidas al artículo 47, que prohibe al marido que se hallare ausente en ignorado paradero el ejercicio de las facultades concedidas en el párrafo 2.° del artículo 45; y al párrafo 2.° también del 90, según el que no será causa de presunción de muerte la ausencia prolongada de uno de los cónyuges, á no ser que durare ésta hasta que tuviere cien años de edad el ausente, en cuyo caso habrá de tenérsele por fallecido.

Finalmente, en la ley de Enjuiciamiento civil vigente se consagró un título especial á la Administración de los bienes de los ausentes, de cuyas disposiciones, conforme á la base 6.ª de la ley de 11 de Mayo de 1888, se ha hecho cargo el Código en lo que son de su competencia, como expondremos al comentar cada uno de los artículos del presente título, distinguiéndose la simple ausencia, que sólo justifica las medidas provisionales, de la que, prolongada por cierto tiempo, afecta á los bienes, derechos y acciones de los ausentes, de sus representantes ó causahabientes, ó sirve de fundamento á la presunción de muerte de los primeros.

Tal es, en resumen, la historia de nuestra legislación anterior al Código, en cuanto á la ausencia considerada en el orden civil; y aparte de la deficiencia de sus preceptos, indicada ya, obsérvase también en ella una evidente confusión de principios y notoria falta de precisión en los conceptos, puesto que no se distingue cual debiera la ausencia simple ó mera no presencia,

de la ausencia cualificada, ó sea de la ausencia propiamente dicha, que constituye el único objeto del presente título.

II

Fundamento y objeto de las nuevas disposiciones sobre la ausencia.

Jurídicamente hablando, ausente es, según ha dicho un notable escritor, «el que no se encuentra en aquel lugar donde debiera encontrarse, activa ó pasivamente; es decir, ya para hacer valer algún derecho ó usar de algunas facultades, ya para que otro ejercite contra él los que á su vez le correspondan» (1).

Frecuentemente se encuentra en las leyes la significación de la ausencia en el sentido que acabamos de exponer; pero con ser ese su concepto jurídico, no es, sin embargo, éste el sentido en que se ocupa de ella el Código en el título que comentamos, sino el del estado de derecho en que se halla el que, habiéndose ausentado de su domicilio, no se tiene noticia de su paradero ni consta cuál haya sido su suerte, no pudiendo saberse con certeza si existe ó no.

En este sentido especial, como dice el autor antes citado, el *ausente* viene á ser un individuo incierto, y esta ausencia lleva como esencial un carácter de duda é inseguridad que le distingue capitalmente de la ausencia que antes queda explicada.

Apreciada la ley en la generalidad de su contenido, cabe distinguir dos términos: uno, la ausencia cierta ó conocida, ó sea la mera no presencia, y otro, la ignorada ó ausencia propiamente dicha. El primero de dichos términos se refiere al estado de la persona que se halla fuera de su residencia habitual ó de donde es necesaria su presencia, pero cuya existencia y paradero es conocido, y el segundo, al estado de la persona cuyo paradero y existencia se ignora. Esta diferencia es la razón también

(1) Arrazola, *Enciclopedia Española de Derecho*, tomo IV, pág. 465.

de la especialidad de los preceptos del Código acerca de la materia. Constituyen un conjunto de reglas de previsión y protección, inspiradas en un interés social fácilmente apreciable.

La legislación, que en todos los países se ha mostrado siempre favorable á los que, en general, están ausentes, según hemos dicho ya, debe necesariamente dispensar mayor protección á aquellos ausentes cuyo paradero se ignore.

En el primer caso, es decir, en el del ausente conocido, éste al cabo es una persona cierta cuya existencia consta, y, por lo tanto, á él toca dirigir sus negocios y proveer al remedio de su ausencia. En todo caso habría el recurso de hacerle saber lo que pudiera interesarle, y sería una ingerencia atentatoria á su libertad y á su derecho la intervención ordenada por la ley de los bienes sin que proceda su consentimiento. Por pura benevolencia de la ley, ha podido ésta establecer determinados beneficios á favor de los que en dicha situación se hallen, dictando, por ejemplo, reglas para la prescripción entre ausentes, distintas de las fijadas para la que ha de tener lugar entre presentes; pero lo que no puede hacer es convertirse en protector de su abandono y sus descuidos, «porque no ha de tener la sociedad más cuenta que el interesado de sus bienes, ni está el poder social para ser curador de negligentes y perezosos, ni se compadece con las ideas y costumbres de hoy el que á pretexto de beneficios dudosos, cuales son siempre los que proporciona la intervención, se disponga de los bienes de los particulares» (1), ni es justo que en beneficio del que con imprevisión marcada abandona su propiedad sin dejar quien la atienda, se imponga una carga á un tercero que ha de repugnarla.

No sucede lo mismo en el segundo caso, pues el ausente de cuya existencia se duda se halla en muy distinta posición. No puede saberse, en efecto, si abandonó sus bienes por pura negligencia como el anterior, ó por causas imprevistas que se lo impidan: hay una incertidumbre de si vive ó si ha muerto, aunque

(1) Escriche, *Diccionario de legislación y jurisprudencia*, tomo I, pág. 875.

no haya transcurrido el tiempo marcado por la ley para que nazca la presunción legal de muerte, y esa incertidumbre no debe ser indiferente al legislador.

Este debe amparar y proteger los intereses de los particulares, porque de este modo protege y ampara los intereses públicos, y, por tanto, cuando los bienes del ausente se hallan abandonados, no por negligencia de éste, sino por la imposibilidad de atenderlos, es un deber, no sólo de humanidad, sino hasta de conveniencia y utilidad social, el procurar que no sufran deterioro ni menoscabo alguno. Esa misma incertidumbre que existe en el caso de ignorarse la existencia y paradero del ausente, ó sea en el de la ausencia propiamente dicha, es una razón más que debe estimular al legislador para tomar medidas y precauciones con dicho objeto, en lo cual no sólo velará por los derechos y la fortuna del ausente, sino también por los intereses y esperanzas de los presentes.

A esa razón hay que añadir otra consideración no menos importante, cual es la necesidad de evitar la ruina y las pérdidas de las propiedades, la de no dejarlas en abandono y la de que se cumplan las obligaciones que á los ausentes corresponden; por lo que, según dice el Sr. Arrazola en la citada *Enciclopedia*, las leyes que se ocupan de esta materia proveen primeramente en obsequio del ausente, después en el de los presentes que tengan determinadas relaciones jurídicas con ellos, y, últimamente, por motivos de pública utilidad.

Tal es el fundamento del reconocimiento del estado incierto de la personalidad y de la intervención del poder social en esta clase de ausencia, pues en la conocida y cierta, ó sea en la mera no presencia, pártese siempre de la certidumbre de la vida, y los derechos del ausente no caminan á su extinción personalísima, como ha dicho un comentador del Código, puesto que no puede dar lugar á la presunción de su muerte; y, por lo tanto, si persistiere en su abandono, en vez de merecer el amparo ó la protección del poder social, tratándose en realidad de un acto censurable, caerá bajo la acción de las leyes de la prescripción,

sin que sea obstáculo á ello la ausencia, por que ha de reputarse presente, en razón á ser conocida su existencia.

Por eso todas las legislaciones modernas sólo se ocupan de la ausencia incierta, que, según queda expuesto, es la que más propiamente requiere la atención y el amparo del legislador.

Hemos dicho en otra ocasión que lo mismo nuestros antiguos códigos que las escasas disposiciones relacionadas con la ausencia, que esparcidas se hallaban en las diversas leyes del derecho vigente á la formación del Código, no habían provisto á esta necesidad con la solicitud y extensión que debieran; y, en efecto, para hallar un organismo perfecto de esta institución, necesario era acudir á las modernas legislaciones extranjeras, las cuales, en verdad, presentan principios y sistemas dignos de estudio y meditación, habiendo sido consultadas todas ellas para la formación del Código que examinamos.

No todas, sin embargo, han seguido el mismo criterio, sino que, por el contrario, se diferencian grandemente entre sí. En unos códigos, por ejemplo, el de Baviera, se prescindía de los distintos efectos que el transcurso del tiempo debe producir, y todo el pensamiento del legislador era reducido á proveer de un curador al ausente durante el tiempo que tarde en regresar. Este mismo sistema es el adoptado por los códigos de Portugal, Guatemala, Uruguay, Méjico, Dinamarca, Holanda y algunos más, en los cuales se nombra un tutor ó curador al ausente.

Otros, por el contrario, han dado diferentes efectos al tiempo de la ausencia, y han considerado en ella diversos períodos, siendo ésta la base sobre la que descansan la mayor parte de los códigos modernos. Sin embargo, las aplicaciones de dicho principio han sido diversas, admitiendo algunos dos períodos, fundándose en los dos términos ó presunciones á que puede dar lugar la incertidumbre de la ausencia ó el estado incierto de la persona ausente, y aceptando otros tres períodos: uno de mera presunción de ausencia, otro de declaración de la misma y otro de presunción de muerte.

Este último es el sistema seguido por el código francés, el cual ha servido de precedente á los de Italia, Bolivia y otros, sirviendo también de modelo á los legisladores españoles, tanto en el Proyecto de 1851 como en el Código que comentamos.

En la necesidad de llenar el vacío que en nuestra legislación se observaba, obligada por la base 6.ª de la ley de 11 de Mayo de 1888 la Comisión redactora de dicho código á establecer un sistema perfecto en que se caracterizaran y definieran los casos de ausencia y presunción de muerte, y se establecieran además las garantías necesarias que asegurasen los derechos del ausente y de sus herederos, y que permitieran en su día el disfrute de ellos por quien pudiera adquirirlos en sucesión testamentaria ó legítima, hubo de tomar por tipo aquel de los Códigos extranjeros que con más acierto había desarrollado esta institución, dada la carencia de precedentes en el derecho patrio.

Sin embargo, si bien en lo fundamental se ajustó á él dicha Comisión, convencida de que generalmente el afán de originalidad sólo suele dar origen á principios erróneos y excéntricos, opuestos en un todo á respetables tradiciones, diferénciase de él en el contenido y extensión dada á sus preceptos, restringiendo el título de la ausencia á los efectos jurídicos de la misma, con relación tan sólo á los bienes del ausente y á los derechos eventuales del mismo.

En efecto; la ausencia puede producir consecuencias varias en distintos órdenes, lo mismo en el político que en el administrativo, en el canónico y en el civil, y aun dentro de éste caben distinciones, según que se contraigan sus efectos á las personas, es decir, al matrimonio y á la patria potestad, ó á los bienes, y á este último concepto limita la ausencia el título que examinamos, con cuyo objeto lleva los efectos de la misma en cuanto al matrimonio y á la patria potestad á su respectivo lugar, y reduce sus preceptos á cinco capítulos, consagrados: el primero, á las medidas provisionales que deben adoptarse en el período que hemos llamado de prevención; el segundo, á las reglas para la declaración de la ausencia; el tercero, á las disposiciones que re-

gulan la administración de los bienes del ausente; el cuarto, á los casos en que puede declararse la presunción de muerte y sus efectos; y el quinto, á los de la ausencia con relación á los derechos eventuales del ausente. Ajustándose el legislador al rigor de la teoría aceptada, han sido desenvueltos los principios de la ausencia con gran copia de datos y completo conocimiento de la materia en los diversos artículos que comprenden cada uno de los capítulos citados, los cuales, á pesar de las imperfecciones propias de toda obra nueva, representan un notable progreso en nuestro Derecho civil.

Los autores modernos han censurado el sistema de regulación de la ausencia introducido por el Código francés y seguido por la generalidad de los demás. Sus disposiciones son complicadas, económicamente desastrosas y prácticamente inútiles. ¿Para qué distinguir tantas situaciones de ausencia presunta, ausencia declarada y presunción de muerte? ¿Para qué establecer plazos tan largos? Hoy—piensa Cimbali—con la regularidad del servicio postal, los telégrafos eléctricos, la profusión por el mundo de agentes y representantes de los Gobiernos, el respeto por todos los estados de la seguridad de los extranjeros y la libertad de los mares, no es fácil que de una persona se pierdan las huellas por largo tiempo, sin que se tenga alguna noticia de la muerte, de la vida y del estado de la misma. Por esto, después de un corto período para apreciar el juez las causas determinantes de la ausencia y de la carencia de noticias y para practicar toda clase de pesquisas é indagaciones, y cuando éstas resultaren infructuosas, debía venir la declaración de ausencia, implicando á la vez la presunción de muerte, para que los bienes pasaran á los herederos, no en administración, sino en propiedad, aunque con ciertas exigencias de inventario, caución y prohibición de enajenar por un cierto tiempo, por si se realizase la condición resolutoria de la vuelta del ausente.

Ha respondido en parte á esta tendencia el Código alemán, autorizando para nombrar curador al desaparecido, sin limitaciones de plazo, y estableciendo el de diez años para abrir la su-

cesión (presunción de muerte); como se ve, simplifica dicho Código la materia, reduciendo los períodos á dos y haciendo más cortos los plazos. Todavía los abrevia más el Código suizo, que autoriza la declaración de ausencia—con plenos efectos para la apertura de la sucesión—al año de la desaparición del ausente, si ésta tuvo lugar en ocasión de un peligro de muerte, ó á los cinco años desde que se tuvieron sus últimas noticias.

CAPITULO PRIMERO

Medidas provisionales en casos de ausencia.

ARTÍCULO 181

Cuando una persona hubiere desaparecido de su domicilio sin saberse su paradero y sin dejar apoderado que administre sus bienes, podrá el Juez, á instancia de parte legítima ó del Ministerio fiscal, nombrar quien le represente en todo lo que fuere necesario.

Esto mismo se observará cuando en iguales circunstancias caduque el poder conferido por el ausente.

Según dijimos en la introducción de este título, separándose nuestro Código de aquellos que no establecen distinción alguna en cuanto al tiempo de la ausencia y de los que sólo admiten en ella dos estados, uno el de presunción de existencia, y otro de presunción de muerte, ha seguido el sistema adoptado por Francia y otras naciones, reconociendo tres períodos distintos en la ausencia, que corresponden á las diversas relaciones jurídicas y á las presunciones á que puede dar lugar la incertidumbre ó el estado incierto de la persona, sujeto ú objeto de derecho.

El primero de ellos parte del hecho de la desaparición de una persona de su domicilio sin saberse su paradero y sin dejar apoderado que administre sus bienes, ó habiendo caducado el poder que con anterioridad hubiere otorgado y concluye á los dos años de no haberse tenido noticias del ausente ó desde que se recibieron las últimas.

Empieza el segundo período desde la fecha antes indicada, ó á los cinco años, si el ausente dejó un apoderado para la administración de sus bienes, y termina á los treinta años de haber

desaparecido el ausente ó de haberse recibido las últimas noticias de él, ó al llegar á los noventa años de edad. Y, por último, cumplido cualquiera de dichos plazos, comienza el tercer período, que es el de presunción de muerte, en cuya virtud se abre la sucesión en los bienes del ausente, y se adjudican á quien tenga derecho á ellos por testamento ó abintestato.

Al primero de dichos períodos corresponden las disposiciones de los tres artículos del presente capítulo. Constituye este período un estado de mera presunción de ausencia. Por el corto tiempo transcurrido desde que el ausente desapareció de su domicilio, ó desde que caducaron los poderes que tuviese otorgados, no puede este hecho crear la presunción de su muerte, y por eso la ley le reputa vivo. Dúdase, sin embargo, de ello; ignórase si el que abandonó sus bienes y su domicilio regresará á él; y en esta duda é incertidumbre, el Código autoriza, para evitar las perjudiciales consecuencias de dicho abandono, la adopción de medidas puramente preventivas, que constituyen el objeto de los tres artículos indicados. El 181, que es el que ahora examinamos, determina el tiempo y la forma en que pueden ser adoptadas esas medidas provisionales é interinas, y desde luego se observa en su precepto una modificación importante en nuestro antiguo derecho.

En efecto; los artículos 2031 y 2045 de la ley de Enjuiciamiento civil exigían para poner en administración los bienes del ausente, ó para acordar las medidas necesarias á su seguridad y custodia interina, el transcurso de dos ó más años desde que se ignorase el paradero del ausente y se hallasen abandonados sus bienes; pero semejante requisito ha desaparecido en el Código, según el que bastará para que comience la intervención judicial el hecho de la desaparición del domicilio y la ignorancia del paradero del ausente, siempre que no haya dejado persona apoderada para la administración de sus bienes, ó que en iguales circunstancias caduque el poder conferido por el ausente.

La ley exige en este artículo como condición precisa la circunstancia de ser ignorado el paradero del que hubiere desapa-

recido de su domicilio, porque este estado incierto de la persona es, según hemos dicho, el concepto de la ausencia en el presente título, y constituye el único caso en que es necesaria la protección del poder social, toda vez que al ausente cuya existencia y paradero es conocido hay que reputarle como presente, y á él corresponde proveer al cuidado de sus bienes, cediendo en su perjuicio la negligencia ó abandono en que voluntariamente incurriere.

Otra condición exigida por dicho artículo es que el ausente no haya dejado apoderado que administre sus bienes, pues de lo contrario, faltando la razón á que obedece esa protección de la ley, constituiría un injustificado ataque á la libertad y á los derechos del ausente la adopción de dichas medidas preventivas, que en tal caso resultarían innecesarias por existir un representante del mismo encargado de proveer á los fines en que se inspira la misión encomendada á los tribunales.

En las mismas circunstancias que la falta de apoderamiento, se halla la caducidad del poder conferido por el que hubiere abandonado su domicilio y se ignorase su paradero, pues perdida de este modo la representación del apoderado, vendría á encontrarse el ausente en igualdad de condiciones en uno y otro caso, y por eso los equipara la ley (1).

Según los términos en que se halla concebido el artículo que comentamos, dos son los caracteres que precisan su sentido, á saber: 1.°, el dejarse la resolución al arbitrio de los tribunales, y 2.°, la necesidad de instancia de parte legítima para el nombramiento que el mismo autoriza de representante del ausente, cuyo nombramiento ha de ser la base de la adopción de las demás medidas necesarias, objeto de la prevención que el legislador considera conveniente y cuyo desarrollo se encuentra en el artículo que sigue.

En efecto, la ley no dice que el juez *deberá* nombrar quien represente al ausente cuando resulte acreditado más ó menos

(1) Para las causas de caducidad de los poderes, véanse los artículos 1732 y 1735.

cumplidamente el hecho de la desaparición y su ignorado paradero, sino que de propósito establece que *podrá* nombrarle. De este modo se ha procurado evitar los abusos que pudieran temerse por haberse suprimido la concurrencia de la circunstancia del plazo fijado en la ley de Enjuiciamiento civil. No exigiéndose ahora esta condición, no debía dejar el legislador los bienes del que se ausente sin dar razón de su paradero, acaso porque así le convenga para sus negocios, ni dejar apoderado por la proximidad de su vuelta, á merced de cualquiera que intentara acogerse á las disposiciones de este artículo con propósitos codiciosos ó con fines censurables; y para evitar estos peligros concedió al juzgado esa prudente facultad, de la cual debe hacer uso en cada caso con arreglo á las circunstancias del mismo.

El precepto de este artículo es, pues, potestativo ó facultativo, no imperativo. Hecha la información necesaria ante el juez correspondiente, éste podrá acceder ó no á la petición deducida para el nombramiento de representante según lo estime ó no preciso, pues al concederle la ley la facultad de otorgar esa representación del ausente, se refiere á aquellos casos en que las circunstancias lo exijan, porque de lo contrario resultaría innecesaria esa medida y faltaría la razón en que se funda su adopción.

La otra condición establecida por dicho artículo para el nombramiento de representante del ausente, es la de preceder instancia de parte legítima ó del Ministerio fiscal. Las circunstancias de la ausencia no pueden autorizar á los tribunales para que provean de oficio el ordenamiento de los bienes, porque no ha de tener el poder social mayor celo por éstos que los interesados en su conservación y cuidado. Lo único que podía hacer era suplir la negligencia ó la imposibilidad de éstos, y así lo ha hecho facultando al Ministerio fiscal para solicitar el nombramiento indicado, y esta es la razón de dicho precepto.

A pesar de ser tan clara y explícita la disposición de este artículo, ha motivado, sin embargo, algunas dudas su inteligen-

cia. Especialmente se ha discutido quiénes deben ser considerados como parte legítima para los efectos del mismo.

El Código no lo dice expresamente, y ante este silencio de la ley se han dividido las opiniones de sus comentadores. Algunos, relacionando este artículo con el 183, entienden que deben considerarse como tales el cónyuge presente, los padres, hijos y abuelos del ausente por el orden que establece el art. 220, y se fundan para ello en que siendo éstos los que tienen la facultad de representar al ausente durante el primer período de la ausencia, es natural que *sólo* ellos tengan también el derecho de pedir que se les confiera dicha representación. Pero los que así opinan, confunden el derecho á ser nombrado representante del ausente con el de solicitar su nombramiento, que son dos cosas muy distintas, y no hay razón alguna para que necesariamente hayan de radicar en unas mismas personas uno y otro derecho, como parece darse á entender en los términos antes indicados.

Sin negar que, en efecto, deben ser consideradas como partes legítimas las personas que según el art. 183 tienen derecho á representar al ausente, sostenemos que no son éstas las únicas que pueden solicitar el nombramiento de tal representante; y una prueba de que no es este el espíritu de la ley, está en que la misma ha otorgado esta facultad al Ministerio público, que no es llamado á ejercer aquella representación.

Otros, por el contrario, reproduciendo la amplitud de la disposición del art 2045 de la ley de Enjuiciamiento civil, que autoriza á *cualquiera persona*, aunque no sea pariente, para solicicitar la adopción de las medidas necesarias para la seguridad y administración interina de los bienes del ausente, creen que del mismo modo debe ser considerada como parte legítima para el efecto de solicitar el nombramiento de representante del ausente la que en dicho caso se encuentre. Sin embargo, las circunstancias no son las mismas, y los que tal sostienen olvidan sin duda la distinta razón á que ha de obedecer la ley en uno y otro de ambos supuestos, así como las consecuencias á que pu-

diera dar lugar la concesión de esa facultad á los extraños.

Ya lo hemos indicado antes: en el sistema adoptado por la ley de Enjuiciamiento civil no había inconveniente en conceder al extraño la facultad de provocar ese estado de prevención que constituye el primer período de la ausencia, porque el transcurso del término de dos años exigido en él para adoptar dichas medidas, sin que durante el mismo haya provisto nadie al cuidado y administración de los bienes del ausente, es una garantía de la justicia y buena fe de su petición. Pero en el sistema del Código constituiría esto un peligro, y no puede autorizarlo el mismo, por lo que exige la cualidad de parte legítima al que inste dicho estado, cuya cualidad implica desde luego la concurrencia de algún interés, lo cual no es de apreciar en el extraño.

Más por una razón de analogía que por una recta inteligencia de la ley, ha considerado alguno que deben ser estimadas como parte legítima para el objeto que nos ocupa las personas que según el art. 185 tienen derecho á solicitar la declaración de ausencia, es decir, el cónyuge presente, los herederos instituídos en testamento que presentaren copia fehaciente del mismo, los parientes que hubieren de heredar abintestato, y los que tuvieren sobre los bienes del ausente algún derecho subordinado á la condición de su muerte. Para sostener dicha opinión, se funda en la máxima jurídica de que quien tiene derecho á lo más lo tiene igualmente á lo menos, en cuya virtud, teniendo dichas personas derecho á promover el segundo período de la ausencia, con mayor razón deben tenerlo para pedir el nombramiento de representante al ausente que es menos.

Casi todos los autores reconocen este derecho á favor de los acreedores, los socios y coherederos del ausente, y en general á todo el que tenga un interés legítimo en que no carezca de representación el ausente, ó le asista algún derecho que ejercitar contra él. Sin embargo, García Goyena, en sus comentarios al Proyecto de Código de 1851, niega esa facultad á los herederos presuntos y á los legatarios, fundándose en que su derecho en este período de la ausencia no pasa de una esperanza, cuya ges-

ción directa en un término tan corto tendría visos de codicia.

Pero entendemos que todas estas discusiones y dudas están fuera de lugar, teniendo como tienen los términos empleados por el artículo que comentamos un concepto claro y perfectamente definido en el tecnicismo jurídico y en el lenguaje del derecho, y con arreglo á él se reputarán parte legítima para el objeto indicado todas aquellas personas á quienes asista un derecho cierto que pueda ser ejercitado contra el ausente, ó que tenga algún interés ó guarden alguna relación jurídica con él, proveniente de su persona ó de sus bienes

Este viene á ser también el concepto expuesto en el Código del Uruguay, el cual después de establecer en su art. 56 que se proveerá al nombramiento de un administrador á solicitud de los interesados ó del Ministerio fiscal, dice que «sólo se llaman interesados, á los efectos de dicho artículo, á los que tienen interés existente y actual en provocar las medidas que solicitan, como los socios, comuneros y acreedores».

El Código portugués, también en su art. 56, previene que son capaces para requerir el nombramiento de curador, que según el art. 55 ha de darse al ausente, el Ministerio público y todos cuantos tengan interés en la conservación de los bienes del mismo, que es el sentido consignado anteriormente por nosotros.

Se ha discutido también acerca de los efectos de este período de la ausencia respecto á la capacidad jurídica de la mujer del ausente y en cuanto á la patria potestad sobre los hijos del mismo; pero hemos dicho ya en la introducción del presente título que el Código sólo se ocupa en él del estado jurídico de la ausencia con relación á los bienes, dejando para su lugar respectivo las consecuencias de la misma en el orden de las personas, y por tanto, estas cuestiones carecen de oportunidad aquí.

Esto no obstante, convendrá indicar, en cuanto á la primera, que continuando subsistente el matrimonio á pesar de la ausencia, tiene que quedar sujeta la mujer al estado de casada con todos sus efectos, por lo que habrá de suplirse con la autorización judicial la falta de la licencia ó venia marital en todos aque-

llos actos en que fuere necesaria, y sólo podrá disponer libremente de sus bienes en el segundo período, ó sea después de declarada la ausencia, como expondremos al comentar el art. 188. Lo mismo habrá de entenderse respecto de la patria potestad, la cual será desempeñada por la madre si se le confiere la representación de su marido ausente. Cuando se confiera esta representación á un extraño, entre las facultades que ha de señalarle el juez conforme al art. 182, estará la de atender al cuidado y alimentos de los hijos menores que hubieren quedado abandonados, sin perjuicio de proveerles de tutor cuando necesiten de representación legal, ó llegue el caso de la declaración de ausencia y les corresponda la administración de los bienes, como se previene en el art. 189.

Explicado ya suficientemente el precepto de este artículo, réstanos indicar que será juez competente para proveer al nombramiento de representante del ausente y á la adopción de las medidas preventivas, que son consecuencia de dicha declaración, el del último domicilio que aquél hubiere tenido en territorio español, conforme á la regla 24 del art. 63 de la ley de Enjuiciamiento civil.

En cuanto á la tramitación del expediente, hay que estar á lo dispuesto en el art. 2045 de dicha ley, que queda vigente en la parte rituaria que no se halle en oposición con los preceptos del Código. En su virtud, previa petición de parte legítima acreditando tener este derecho, ó del Ministerio fiscal, se practicará la oportuna información para ilustrar el criterio judicial, la cual ha de versar sobre los extremos señalados con los números 1.° y 2.° del art. 2032, y en vista de su resultado se acordará lo procedente.

Hasta tanto que se provea al ausente de una persona que defienda sus derechos, su representación corresponde al Ministerio fiscal, con arreglo al art. 838, núm. 6.°, de la ley orgánica del Poder judicial, como afirma la Resolución de la Dirección de los Registros de 2 de Marzo de 1898.

El artículo que examinamos tiene su precedente en la ley 2.ª,

título 2.º de la Partida 3.ª, y en el 310 del Proyecto de Código de 1851, si bien se ha modificado algo en éste su redacción y se ha suprimido el requisito que reservaba para los casos de urgencia el nombramiento de representante del ausente, aunque también deberá tenerlo hoy en cuenta el juez para hacer uso de la facultad de otorgar ó negar dicho nombramiento.

Tal como se halla redactado resulta igual el art. 147 del proyecto de 1882 y concuerda además con los artículos 112 del Código francés, 20 y 21 del italiano, 55 del de Portugal, 54 á 58 del de Uruguay, 696 al 715 del de Méjico y 519 á 523 del holandés. En el derecho ruso hay la especialidad de que con la petición de la parte interesada han de acompañarse las pruebas de que se tiene derecho á la herencia abintestato. Nada dispone acerca de este particular el derecho común de Inglaterra, habiendo suplido en parte sus deficiencias la jurisprudencia de los tribunales, que admite la presunción de muerte á los siete años, llamando á los herederos en plazos sucesivos, primero al goce del usufructo, y concediéndoles con el transcurso del tiempo mayores derechos hasta llegar á la libre disposición de los bienes del ausente.

ARTÍCULO 182

Verificado el nombramiento á que se refiere el artículo anterior, el Juez acordará las diligencias necesarias para asegurar los derechos é intereses del ausente, y señalará las facultades, obligaciones y remuneración de su representante, regulándolas según las circunstancias por lo que está dispuesto respecto de los tutores.

Este artículo es complemento del anterior, y en él se desenvuelve y desarrolla el objeto que el legislador se propuso al establecer en el presente estado de la ausencia la intervención de la autoridad judicial.

Para evitar las consecuencias que pudieran producir la desaparición é ignorado paradero del ausente, así como el abandono

en que sus bienes quedaran, no bastaba, en efecto, que se nombrase persona encargada de representarle en todo lo necesario, que es lo establecido en el artículo anterior, sino que además era indispensable adoptar todas las medidas de prevención precisas para el aseguramiento de los derechos é intereses del ausente, y más aún al fijar el círculo de las atribuciones ó el conjunto de las facultades y obligaciones para que fuese eficaz la acción de dicho representante, toda vez que no se trata en este período de la ausencia de una administración regular y ordinaria, con carácter definido y previamente conocido, sino de un estado provisional é interino de mero aseguramiento, limitado por lo tanto á la adopción de aquellas garantías precisas en cada caso para dicho objeto con arreglo á las circunstancias del mismo.

A este objeto responde el presente artículo, en el que, siguiendo el criterio indicado en el anterior comentario, se ha dejado todo al arbitrio de los tribunales llamados á prestar su intervención protectora en beneficio del ausente. Así es que, á pesar de titularse el capítulo de que forma parte de «las medidas provisionales en caso de ausencia», y de ser el precepto de este artículo el que debiera fijar todas aquéllas que hubieran de adoptarse, de haberse seguido una regla general y uniforme para todos los casos, no se encuentra en él disposición alguna que regule y determine las medidas que deben decretarse para dicho aseguramiento.

Por el contrario, al criterio del juez competente queda encomendada la adopción de aquellas prevenciones necesarias en todo caso; pero aunque el Código no establece regla alguna, por la analogía que esta materia tiene con la relativa á la tutela y á la prevención de las testamentarías y abintestatos, puede en las disposiciones relativas á ellas encontrarse la norma que ha de seguirse en cada caso, si bien limitando las diligencias precautorias á lo absolutamente necesario y preciso para que no sufran detrimento los bienes ó los derechos del ausente.

En su virtud, si se tratase de bienes muebles, se inventariarán en debida forma y se proveerá lo conveniente á su custodia

y depósito: si existiere metálico ó efectos públicos, se depositarán en los establecimientos destinados al efecto: si hubiere inmuebles dados en arrendamiento, se requirirá á los arrendatarios para que se abstengan de satisfacer las rentas á toda persona que no sea el representante nombrado, al cual se dará á su vez facultades bastantes para el cobro; igual requerimiento se hará en el caso de existir créditos pendientes de pago; se le autorizará también para representar al ausente en juicio y fuera de él, en los casos en que sea necesario; se le exigirá la fianza que proceda, lo mismo que á los tutores; y de este modo y con igual criterio se adoptarán todas las demás medidas preventivas que las circunstancias hagan necesarias, y á cuya exposición renunciamos por la imposibilidad de encerrar en los límites de un comentario todos los casos que en la práctica pueden presentarse.

Algunos otros códigos han seguido distinto sistema, determinando las diligencias que para el aseguramiento del caudal deben practicarse en todo caso. Así el Código de Portugal dispone en su art. 58, en cuanto á la curaduría provisional de los bienes del ausente, equivalente á este primer período de la ausencia, que el curador nombrado recibirá por inventario dichos bienes sin distinción alguna, dando caución bastante y proporcionada al valor de los muebles y á la renta líquida de un año en los inmuebles, y si no pudiese prestar tal caución, se constituirán en depósito los bienes muebles que pudieran conservarse útilmente, vendiéndose los demás en pública subasta é invirtiéndose el producto de su enajenación en valores que rindan utilidad y ofrezcan seguridad suficiente. Nuestra ley de Enjuiciamiento civil había establecido también algunas medidas precisas para el aseguramiento de los bienes, que en dicha ley se hallan justificadas, puesto que en ella se parte de un estado de ausencia más prolongado, por ser necesario para su adopción, cuando menos, el transcurso de dos años, pero que podrían parecer excesiva garantía ó precaución exagerada por parte del legislador en el presente estado de mera prevención.

Según dicha ley, en el caso de solicitarse la administración de los bienes del ausente por alguno de los parientes con derecho á ello, previa prestación de la oportuna fianza, que, según el art. 2040, debía ser bastante á responder del producto de los bienes en un quinquenio por lo menos, se habían de entregar dichos bienes al administrador nombrado, bajo inventario formado por el actuario, con citación del Ministerio fiscal y de los demás parientes que se hallaren en el mismo grado de parentesco que el nombrado administrador, debiendo á la vez tomarse anotación en el Registro de la propiedad correspondiente, de la ausencia é ignorado paradero del dueño de los inmuebles y del nombramiento de administrador (art. 2041), á cuyo efecto era condición precisa que el que solicitare la administración presentare relación expresiva de los bienes del ausente y de la renta producida por los mismos ó que éstos pudieran producir (artículo 2032); si bien autorizaba el aseguramiento y administración interina de dichos bienes, á petición del Ministerio fiscal ó de cualquier extraño, cuando por más de dos años estuvieren abandonados ignorándose el paradero del ausente, sin perjuicio de llamar á los parientes para proveer en ellos la administración y proceder á la entrega en la forma antes indicada (artículo 2045).

Esas medidas y formalidades, que bien pueden tener aplicación en el segundo período de la ausencia, resultarían por demás rigurosas y aun perjudiciales en el estado de mera presunción de la misma, que ahora examinamos. Por eso nos parece mucho más lógico y conforme á las circunstancias el sistema seguido en el Código civil, que permite reducir la intervención judicial á lo puramente indispensable y autoriza adoptar en cada caso unas ú otras medidas de prevención, según lo requieran las condiciones de los bienes y las exigencias de la necesidad.

Dispónese también en este artículo, para completar el pensamiento y propósito del legislador, que además de acordarse las diligencias necesarias para asegurar los derechos é intereses del ausente, se determine la esfera de acción del representante del

mismo, señalándose con este objeto las facultades, obligaciones y remuneración propia de dicho representante.

La ley no ha fijado tampoco de un modo invariable cuáles sean las atribuciones y los deberes de la persona nombrada, conforme al artículo anterior, para representar al ausente. Como en las medidas del aseguramiento, ha dejado su determinación para cada caso; pero ha relacionado todos estos particulares, así como el señalamiento de la remuneración que debe percibir, con lo dispuesto respecto de los tutores, y, por lo tanto, bastará concordar su precepto con el de los artículos correspondientes de la tutela para que el juzgado, procediendo con arreglo á su prudente arbitrio, determine en cada caso aquellas facultades ó aquellos deberes precisos, y la remuneración adecuada en armonía con las circunstancias del mismo.

El Código portugués limitó las facultades del curador provisional, equivalente al representante establecido por nuestro Código, á los actos de mera conservación, con la obligación de rendir cuenta anualmente, al ejercicio de las acciones conservatorias que no pudieran retrasarse sin perjuicio del ausente, y á la representación de éste en todos aquellos juicios en que se hubieren intentado acciones contra él. Nuestra ley de Enjuiciamiento civil, como provee al nombramiento de administrador en estos casos, confiere al nombrado todas las facultades propias de los administradores, imponiéndole la obligación de llevar cuenta justificada de los productos y gastos para rendirla al ausente cuando fuere presentado, ó, en su caso, á los herederos ó causahabientes del mismo (2042); pero por las razones antes dichas, creemos también más conveniente la disposición de este artículo, conforme al que se dará en cada caso al representante las facultades precisas, y se le impondrán las obligaciones correspondientes, sin traspasar los límites de lo necesario, para no extender la acción ó los deberes del mismo más allá de lo que las circunstancias aconsejen.

Ha sido objeto de discusión entre los comentadores del Código qué es lo que procedería hacer en el caso de que limitadas en

el nombramiento del representante las facultades de éste á lo estrictamente preciso entonces, ocurriesen después determinados hechos que exigieran nuevas ó mayores atribuciones de parte del representante del ausente, como la necesidad de hacer reparaciones considerables en los bienes, etc., etc.; pero entendemos que esto no puede constituir cuestión, pues la dificultad indicada puede fácilmente salvarse solicitando del juzgado la autorización necesaria, lo mismo que en el caso de una administración judicial, en que el administrador necesitase facultades especiales en determinados casos.

Se ha preguntado también si para el desempeño del cargo de representante del ausente se necesitará la prestación de fianza. El Código no establece ningún precepto expreso sobre ello, y las disposiciones de los arts. 2040 y 2041 de la ley de Enjuiciamiento civil, que exigen la constitución de dicha fianza antes de hacerse la entrega de bienes al administrador nombrado, son más propias del segundo período de la ausencia que del presente, según hechos dicho en otra ocasión; pero aunque no exista prevención alguna respecto de este estado de mera prevención, la cuestión se resuelve fácilmente, pues basta la referencia hecha en el artículo que comentamos á las disposiciones relativas á las facultades y obligaciones de los tutores, para comprender que del mismo modo que éstos, debe considerarse obligado el representante del ausente á prestar fianza para asegurar el buen resultado de su gestión, á no ser aquél el cónyuge presente, los padres, hijos, abuelos y demás personas exceptuadas de dicha obligación en la tutela (1).

Sin embargo, subordinándose á lo que las circunstancias exijan, la conformidad de las facultades y obligaciones de los representantes de ausentes con lo establecido para los tutores, fácilmente se comprende que aun cuando en éstos es obligatoria la fianza siempre, excepto en los casos comprendidos en el artículo 260 del Código, si las circunstancias no la hicieren preci-

(1) Véanse los artículos 252 al 260 del Código.

sa, no deberá imponerse dicha carga al representante, porque entonces se traspasarían los límites de lo necesario.

En cuanto á la remuneración que haya de asignarse al representante del ausente, no podrá bajar del 4 ni exceder del 10 por 100 de las rentas ó productos líquidos de los bienes, según el art. 276 del Código. La ley de Enjuiciamiento civil, en su artículo 2042, asignó también á los administradores de bienes de ausentes una retribución prudencial, cuyo límite superior era el 10 por 100 de las rentas de los bienes dados en administración. Algunos Códigos han establecido una remuneración fija é invariable, como sucede en el de Portugal, que en su art. 61 concede al curador provisional el 5 por 100 de los productos líquidos que recaudare; pero es mucho más conveniente y adecuada la retribución proporcional fijada en la ley de Enjuiciamiento civil y en el Código, para remunerar y estimular mejor, según los casos, la buena gestión del representante del ausente.

Este artículo es análogo al 312 del proyecto de Código de 1851, y concuerda con los artículos 90 y 91 del de Guatemala.

ARTÍCULO 183

El cónyuge que se ausente será representado por el que se halle presente cuando no estuvieren legalmente separados.

Si éste fuere menor, se le proveerá de tutor en la forma ordinaria.

A falta del cónyuge representarán al ausente los padres, hijos y abuelos, por el orden que establece el artículo 220.

En este artículo se fija el orden por el que han de ser llamadas á la representación del ausente las distintas personas que tienen derecho á ello, y comparado su precepto con el del artículo 2031 de la ley de Enjuiciamiento civil, desde luego se observa una importante modificación en nuestro derecho, puesto que, según dicha ley, podrán solicitar la administración de los

bienes de los ausentes cualquiera de los parientes más próximos, que hubieren de ser sus herederos abintestato, y ahora, con arreglo al Código, en primer término corresponderá la representación al cónyuge presente que no estuviere legalmente separado.

Cierto es que en la ley de Enjuiciamiento se habla de la administración de los bienes y aquí de la representación de la persona del ausente, siendo distintos ambos conceptos; pero como en los artículos siguientes se confiere aquélla por el mismo orden á favor de las mismas personas á quienes por el presente se llama á la representación, caería por su base la objeción que pretendiera fundarse en la diferencia de dichos términos, y fuera de duda se halla la innovación introducida en este punto.

Es ésta tan justa y de tal modo se inspira en el orden moral de la familia, que sin esfuerzo alguno descúbrense desde luego la razón en que se funda y los motivos que los autores tuvieron en cuenta al conceder al cónyuge presente la prelación que establece el artículo que examinamos.

En efecto: forma la sociedad conyugal una unión tan estrecha entre los cónyuges, es en ellos tan íntima é indivisible (por decirlo así) la vida, que siendo en realidad dos personas distintas, vienen á constituir una sola personalidad, según la definición que los romanos daban del matrimonio.

La comunidad de intereses, la unidad de aspiraciones, el mutuo auxilio y la protección constante que los cónyuges se deben, establecen entre ambos una relación tan inseparable en el orden moral mientras la unión matrimonial subsiste, que no puede menos de ejercer su influencia en el terreno de la ley, confiriendo al uno de ellos la representación del otro en el estado de ausencia incierta á que se refiere el Código, porque imposible es hallar persona que con más legítimos títulos pueda representar al cónyuge ausente.

Sólo á falta de él, ó en el caso de hallarse rotos los lazos conyugales por la legal separación de los esposos, será cuando habrá de acudirse á los demás grados de la escala fijada en este

artículo, siendo el orden establecido en él tan conforme á los vínculos del cariño y al interés que deben merecer al designado los bienes y derechos del ausente, que creemos innecesaria toda consideración para demostrar el acierto con que procedieron en este punto los autores del Código. La representación del ausente tiene mucho de la tutela, y se ha hecho bien en asimilarla á ella en la designación de las personas llamadas al desempeño de dicho cargo.

Un comentador del Código ha creído que la representación conferida en el párrafo primero de este artículo no requiere una previa designación judicial deferida á instancia de parte legítima, bastando, por el contrario, el mero hecho de la desaparición de uno de los cónyuges para que, *ipso facto*, quede el otro constituído en representante del ausente, sin necesidad de previo nombramiento ni de la fijación de las facultades y obligaciones del mismo prevenida por el artículo anterior.

Fúndase para ello, en que cuando el ausente no deja tras de sí familia ninguna ó los vínculos del parentesco son muy lejanos, justa y precisa es la intervención del juez para precaver mayores males; mas si el ausente deja en su domicilio consorte, que habrá de interesarse tanto ó más que él en la mayor prosperidad del caudal, ninguna futura contingencia tiene que prevenir dicha intervención ni tiene para qué interponer su protector concurso.

Pero, aparte de que la misma razón existe tratándose del padre, del hijo ó del abuelo y demás personas designadas en el artículo 220 del Código, y de que no hay motivo, por lo tanto, para limitar la excepción al caso del cónyuge, basta poner en relación el presente artículo con el 181 para comprender que es de todo punto indispensable el previo nombramiento judicial, tanto en esta como en las demás ocasiones en que fuere necesario proveer al nombramiento de representante del ausente.

En efecto; para que haya lugar á la representación indicada son indispensables dos requisitos, según tenemos dicho al comentar el art. 181, á saber: 1.º, que se ignore el paradero del

ausente, y 2.°, que éste no hubiere dejado apoderado que administre sus bienes, ó que, en caso de dejarlo, caduque el poder conferido al mismo. No basta, pues, el hecho de la desaparición de un cónyuge para que el otro entre á representarle *ipso facto*, sino que además es necesaria la concurrencia de la segunda condición ó requisito, pues si el ausente hubiere dejado apoderado, éste le representará y no el cónyuge presente, ni habrá lugar siquiera á la presunción de ausencia y á la aplicación de estas disposiciones del Código.

Ahora bien: para que conste que no existe apoderado en el caso de la ausencia de un cónyuge, ó que, de haberlo, caducó el poder conferido por éste, necesaria es la información ante el juzgado. Para que las terceras personas que hayan de contratar ó tener relaciones jurídicas con el cónyuge presente, en representación del ausente, puedan adquirir conocimiento y seguridad de que realmente le corresponde dicho carácter por no existir apoderado, ó porque, de haberlo dejado éste, caducó el poder conferido por el mismo, necesario es también el nombramiento judicial. Y por último, igualmente indispensable es la designación de las facultades y obligaciones del nombrado para que por dichas terceras personas sea conocido su poder y no se defrauden los derechos de las mismas con supuestas atribuciones del representante.

Aparte de esto, el artículo que examinamos establece un orden de prelación, y al establecerlo es para que alguien se ajuste á él en la designación de la persona encargada de representar al ausente, y ese alguien no puede ser otro que el juez competente, á quien el art. 181 concede la facultad de nombrar dicho representante. Ese nombramiento es, pues, necesario en todo caso, y no es exacto que se halle exento de ese requisito cuando el cónyuge presente deba representar al ausente, y tenga necesidad de hacerlo en forma legal.

Cierto es que cuando el cónyuge presente sea el marido, en pocos casos sería necesario conferirle las facultades propias del cargo de representante, puesto que á él, por ministerio de la ley,

le corresponde la representación de su mujer y la administración de los bienes dotales de la misma, á no hallarse establecida la separación legal de ellos, y aun de los parafernales entregados con tal objeto; pero aun así existen ciertos actos personalísimos de aquélla que el marido sólo podría llevar á cabo con el carácter de representante suyo, como son: la administración de los bienes parafernales no entregados á él para dicho efecto, la administración de los dotales cuando estuviere pactada la separación de bienes, la enajenación ó gravamen de los peculiares de la mujer en caso de urgencia, la cancelación de los derechos inscritos á nombre de la misma, etc., etc., y en todos esos casos necesario sería dicho nombramiento con las facultades que las circunstancias hicieren precisas.

No hemos de ocuparnos en todas las cuestiones y dudas que, en el afán de encontrar defectos ó deficiencias en el Código, han planteado algunos comentadores del mismo con ocasión del presente artículo, pues la misión de esta obra no es defenderle de tales críticas, sino explicar el recto sentido de sus disposiciones, con tanto más motivo cuanto que la inteligencia del artículo que examinamos es bien clara y explícita, y todas las dudas suscitadas pueden ser fácilmente resueltas con la aplicación de algunos otros preceptos correlativos del mismo Código. Pero no debemos pasar en silencio una cuestión que con repetición ha sido indicada.

Se ha dicho, en efecto: si el marido ausente hubiere dejado mandatario que le representare, siendo casado y viviendo su cónyuge, ¿se considerará nulo el mandato y será la mujer quien única y exclusivamente deba representar al marido ausente con arreglo al párrafo primero de este artículo?

Incurriendo en el error antes refutado de creer que el cónyuge presente, por el sólo hecho de la desaparición de su consorte, entra *ipso facto* á representarle en todo, se ha sostenido que cuando el poder fuera tan amplio que confiriese al mandatario la representación del ausente en todos sus actos, tendría que ser preferido el derecho de la mujer en cuanto se refiere á la admi-

nistración de los bienes conyugales y á la representación del marido en cualquier acto que tomara razón de su existencia, viniendo á anularse el mandato en la parte que contraviniere á la disposición del párrafo primero de este artículo, en cuya virtud sólo se admite como eficaz el apoderamiento, en cuanto éste se contraiga á un negocio especial ó determinado, y sea compatible con el ejercicio de los derechos que se supone concedidos por dicha disposición al cónyuge presente.

De ningún modo podemos aceptar esta opinión, pues según hemos dicho antes, para que surta sus efectos el estado de ausencia ó puedan nacer, por lo tanto, los derechos derivados de ella, lo mismo á favor de los cónyuges que de las demás personas llamadas por la ley á representar al ausente, es necesario que se cumplan los dos requisitos exigidos por el art. 181, uno de los cuales es la falta de apoderado, y no concurriendo éste por la existencia de mandatario que deba representar al que desapareció de su domicilio, no es posible apreciar en la mujer, en la hipótesis de la cuestión propuesta, el derecho que, partiendo del estado de ausencia, le concede el artículo que examinamos.

Réstanos decir que, siendo el objeto de este artículo establecer un orden de prelación entre determinadas personas, no excluye que, á falta de ellas, pase la representación á otras distintas, y así, si no hubiere ninguno de los parientes designados en el art. 220, el juez podrá conferir la representación del ausente á un extraño, en uso de la facultad que le concede el art. 181 tantas veces citado.

El que es objeto de este comentario tiene su precedente en la jurisprudencia, pues, según indicamos en la introducción del presente título, era costumbre usada de antiguo y fielmente guardada el nombrar curador al ausente, confiriendo este cargo á los parientes más próximos, y en el art. 2031 de la ley de Enjuiciamiento civil, si bien modificado en favor del cónyuge presente; y concuerda con el art. 311 del proyecto de Código de 1851 y el 149 del de 1882, con el 124 del Código francés, 83 del de Portugal, 704 del de Méjico, 57 del de Uruguay, 86 del de Guatemala y 539 del de Holanda.

CAPITULO II

De la declaración de ausencia.

ARTÍCULO 184

Pasados dos años sin haberse tenido noticia del ausente ó desde que se recibieron las últimas, y cinco en el caso de que el ausente hubiere dejado persona encargada de la administración de los bienes, podrá declararse la ausencia.

La materia objeto de este capítulo y la del siguiente, se contraen al segundo de los estados ó períodos que el Código aprecia en la ausencia, estando consagrado el artículo que comentamos á determinar el momento en que puede tener principio el mismo.

No necesitamos justificar ahora la razón de esta diferencia ni de los distintos efectos que en cada una de estas diversas épocas debe producir la ausencia; expuesto y demostrado quedó todo esto, tanto en la introducción de este título, como en el comentario del art. 181. Añadiremos tan sólo como base de ulteriores consideraciones, que robusteciéndose con el transcurso del tiempo la presunción de muerte del ausente, es indudable que cada vez se ha de sentir más la necesidad de dar estabilidad y fijeza á las relaciones jurídicas que dicho estado produce; y como en éste que examinamos son ya de más alcance y transcendencia que en el primer período las consecuencias admitidas por la ley, evidente resulta que el Código tenía que exigir para reconocer los mayores derechos y los efectos más amplios, propios de este estado, el transcurso de un plazo más ó menos largo que fuese garantía suficiente para la declaración de ausencia, á fin

de evitar los perjuicios y abusos que en otro caso pudieran cometerse.

Desde luego se comprende que la determinación de dicho plazo ha de depender de muy diversas circunstancias variables y distintas en cada uno de los casos; pero como los derechos no pueden quedar en lo incierto, ha habido necesidad de establecer uno fijo en armonía con una razonable presunción. Distinto ha sido el criterio seguido sobre este punto en los diversos códigos modernos.

El francés, por ejemplo, que, según hemos dicho ya, ha servido de base á casi todas las demás legislaciones en esta materia, exige para la declaración de ausencia el transcurso de cuatro años, á contar desde la desaparición ó desde que dejaron de tenerse noticias del ausente, si éste no hubiere dejado apoderado para la administración de sus bienes, y de diez años, á partir también de la desaparición ó de las últimas noticias, en el caso de dejar apoderado (artículos 115 y 121).

La misma disposición encontramos en el Código portugués (artículo 64), si bien establece la especialidad de que los herederos á los tres años pueden requerir que el apoderado preste caución bastante si hubiere justo recelo de insolvencia, y si no la prestare, se tendrán por cesados y nulos en adelante sus poderes.

El Código italiano disminuye á tres y seis años respectivamente los plazos antes indicados, según que el ausente hubiere dejado ó no persona que le represente (artículos 22 al 25).

El de Uruguay autoriza la declaración de ausencia á los cuatro años si el ausente no dejó apoderado, y á los seis en otro caso (artículo 59), y el de Gutemala exige para ello el transcurso de cinco años (art. 86).

En nuestra patria, el Proyecto de 1851, siguiendo al Código francés, estableció los mismos plazos de cuatro á diez años fijados en éste (artículos 313 y 315); pero teniendo en cuenta la mayor rapidez en las comunicaciones, el desarrollo de las relaciones internacionales y la extensión considerable de los medios

de comunicación, que hacen mucho más fácil la adquisición de noticias del ausente, se redujeron dichos plazos á la mitad en el Proyecto de 1882, y éstos son los aceptados por la Comisión redactora del presente Código.

No falta quien tache de excesivamente cortos los términos fijados por este artículo, alegando para ello que ninguna falta hacía ese apresuramiento en la declaración de la ausencia, toda vez que el Código autoriza la adopción de medidas interinas de aseguramiento desde el primer momento de la desaparición del ausente, para que en ningún caso quedaran en desamparo los intereses del mismo; pero forzoso es reconocer que al cabo de cierto tiempo ese estado interino y provisional de mera prevención no puede satisfacer todas las exigencias de la realidad, y que, como ha dicho Bigot-Preameneu, á medida que transcurren los años va inclinándose la balanza del lado de la presunción de muerte de la persona incierta, y se van adquiriendo derechos á que hay que dar estabilidad y fijeza.

Cuando al cabo de dos años no ha dado cuenta de su persona el ausente, á pesar de haber dejado en completo abandono sus bienes, hoy que las comunicaciones son tan rápidas y frecuentes, si bien no puede presumirse en realidad que haya muerto, porque á ello se opone la duración ordinaria de la vida del hombre, hay, sí, motivos bastantes para dudar de que exista, y esa incertidumbre no puede ser desatendida por el legislador, que debe establecer las reglas oportunas para que, sin injustificados ataques á la propiedad del ausente, queden á salvo los intereses, los derechos y las esperanzas á que la ausencia prolongada puede dar lugar.

Lo mismo debemos decir del caso en que habiendo dejado el ausente persona encargada de la administración de sus bienes, no se haya preocupado, durante cinco años, de averiguar siquiera si el mandatario subsiste, no dando noticia de su persona.

La razón de esa diferencia de plazos establecida por la ley según que el ausente haya dejado ó no persona encargada de la

administración de sus bienes, es fácilmente apreciable, pues en un caso el que abandona su domicilio ha provisto á su propia ausencia, y el nombramiento hecho de persona que administre los bienes le dispensa en cierto modo de dar noticias suyas; mientras que en el otro, por el contrario, todo lo deja abandonado, presumiéndose un pronto regreso, y al no verificarse es más vehemente la incertidumbre de su vida, y es, además, preciso suplir su falta de previsión (1).

El artículo, al ocuparse del caso de que el ausente haya dejado quien le represente, dice *persona encargada de la administración de los bienes*, cuya locución, aunque ha sido tachada por alguno de confusa é impropia, nos parece mucho más acertada y oportuna que la de *mandatario* empleada por algunos otros Códigos, pues pudiendo tener por objeto el contrato de mandato la prestación de un servicio especial cualquiera, independiente de la administración de los bienes, no distinguiendo la ley cabría en este caso la duda de si bastaría para el efecto de exigir el transcurso del plazo más largo la circunstancia de dejar el ausente mandatario con facultad limitada para alguno de dichos servicios. Es, por lo tanto, preciso que el apoderado que quedare en representación del ausente tenga facultades bastantes para administrar dichos bienes, por ser esta la razón de la ley, y para evitar dudas y confusiones así lo hizo constar en los términos transcritos. No bastará, pues, para exigir el transcurso de los cinco años como requisito indispensable á la declaración de ausencia, el que exista un apoderado sin facultades para administrar, sino que para ello será indispensable que el mandatario esté revestido de tales facultades.

Esto basta para resolver la cuestión propuesta por algunos de los comentadores del presente Código, sobre si será necesario que conste solemnemente el mandato, ó si bastará sólo un principio escrito de prueba ó el mandato verbal, en el caso de que alguno que tuviere derecho á ser nombrado administrador

(1) Bigot-Preameneu; Exposición de motivos de la ley sobre la ausencia.

de los bienes del ausente con arreglo al art. 187, promoviese la declaración de ausencia pasados dos años sin haberse tenido noticia del ausente.

En efecto, siendo necesario para que no pueda hacerse dicha declaración que el ausente haya dejado persona *encargada de la administración de sus bienes*, lo cual requiere poder bastante para administrarlos; y teniendo que ser otorgado éste en instrumento público con arreglo al número 5.º del art. 1280, para ser eficaz, es de todo punto indudable que no bastará un mero principio de prueba escrito ó el simple mandato ó encargo verbal, pues en estos casos la voluntad presunta del ausente en cuanto al orden y cuidado de sus bienes tiene que ceder ante el precepto de la ley consignado en el número y artículo referidos; y, por lo tanto, para que deba estimarse como necesario el plazo de cinco años para la declaración de ausencia, será preciso que exista persona encargada de la administración de los bienes con poder bastante otorgado en forma solemne.

Ahora bien; si el ausente hubiere dejado persona encargada de la administración de sus bienes y muriese ésta, ó caducase el poder por algunas de las otras causas admitidas en derecho, antes de transcurrir los cinco años, ¿qué es lo que deberá hacerse?

Esta ha sido una cuestión muy debatida en las legislaciones extranjeras y con ocasión también del presente Código. Unos han creído que en esos casos debería contarse el término de los dos años marcados para el primer supuesto del artículo que comentamos, desde que el poder perdió su eficacia. Otros, por el contrario, opinan que la muerte del mandatario es caso de fuerza mayor que no pudo prever la voluntad del mandante, y que permaneciendo ésta incólume, conserva su virtualidad la presunción de la presencia en ausencia; por lo que, después de nombrado representante al ausente, habrá que esperar el término de cinco años, y si no se tuviere noticia de su paradero, procederá entonces la declaración de ausencia. Pero entendemos que tanto una como otra de dichas opiniones carecen de funda-

mento legal. En efecto; caducado el poder, bien por la muerte del poderdante ó por cualquiera otra causa legítima, habrá lugar al nombramiento de representante conforme al párrafo 2.º del artículo 181, y extinguido el mandato, quedará el ausente en las mismas condiciones que si no lo hubiese otorgado, porque lo que no existe no puede surtir efectos jurídicos. Para que sea necesario el lapso de cinco años al efecto de solicitar la declaración de ausencia, es requisito indispensable, según el Código, que exista un administrador ó persona encargada de la administración de los bienes, y esta condición no se cumple en la hipótesis en cuestión, toda vez que no existe tal administrador por la caducidad del poder, ni puede tener tal carácter el representante nombrado, por no arrancar su nombramiento de la voluntad del ausente. Por consiguiente, podrá declararse la ausencia pasados dos años sin haberse tenido noticia del interesado.

En cambio, existiendo persona con poder en forma para administrar los bienes del ausente, aunque por el hecho de la ausencia en ignorado paradero quedan interrumpidas las relaciones entre mandante y mandatario, la ley da eficacia á ese poder durante cinco años, sin que pueda pretenderse antes la declaración de ausencia. La Resolución de la Dirección de los Registros de 1.º de Julio de 1891, aplica también este criterio á casos anteriores á la vigencia del Código civil, porque no basta la ausencia para estimar nulo el poder, porque así se deduce también de los preceptos de los arts. 2031 y 2032 de la ley de Enjuiciamiento civil, y porque si bien no es aplicable el art. 184 del Código, sirve para interpretar acertadamente preceptos dudosos de la legislación anterior.

Réstanos indicar que la disposición de este artículo es también potestativa y no imperativa. El juez *podrá*, dice el Código, hacer la declaración de ausencia, pero no se impone como obligatoria dicha declaración, por cuyo motivo no emplea la locución *deberá hacer*, como en otro caso hubiera dicho. Esto es lo conforme á la índole y circunstancias del caso, porque, según ha dicho Thibaudeau, tratándose de presunciones fundadas en pro-

babilidades sobre las que no cabe establecer principios fijos é inmutables, preciso es dejar al juez el poder de apreciarlas. Por lo tanto, si en vista de todos los elementos que en cada caso han de contribuir á formar su convicción, entendiere que existen motivos ó causas que obsten á dicho estado y que quiten á ella el carácter de incertidumbre, que es la base de todas las disposiciones adoptadas en este capítulo, bien porque existan méritos para demostrar la imposibilidad en que estuvo el presunto ausente de dar noticias suyas durante el tiempo transcurrido, ó por otras razones justamente apreciadas y eficaces, deberá denegar tal declaración aunque hubieren transcurrido los plazos que quedan indicados.

Este artículo, á más de las disposiciones legales ya citadas, concuerda también con el 716 del Código mejicano, y 523 á 525 del de Holanda.

ARTÍCULO 185

Podrán pedir la declaración de ausencia:

1.° El cónyuge presente.

2.° Los herederos instituídos en testamento, que presentaren copia fehaciente del mismo.

3.° Los parientes que hubieren de heredar abintestato.

4.° Los que tuvieren sobre los bienes del ausente algún derecho subordinado á la condición de su muerte.

Determina el Código en este artículo las personas á quienes reconoce el derecho á pedir la declaración de ausencia que autoriza el anterior; y también en este punto se ha separado de lo dispuesto generalmente en otras legislaciones, siendo, á nuestro juicio, mucho más perfecta y justa que en otros códigos la prescripción del que examinamos.

En efecto; el francés, en su citado art. 115, se limita á consignar que podrán comparecer ante el Tribunal de primera instancia, solicitando la declaración de ausencia, *las partes intere-*

sadas; dando lugar á las confusiones que indicamos en el comentario del art. 181 podían ocurrir en la inteligencia tanto de estos términos como en los de parte legítima empleados por dicho artículo.

El Código civil italiano, y lo mismo el del Uruguay, conceden ese derecho á los herederos y á todos los interesados por razón de derechos subordinados al fallecimiento del ausente.

El Código portugués, en su art. 64, otorga la facultad de solicitar la instalación de la curaduría definitiva, equivalente á nuestra declaración de ausencia, á todos los herederos que lo fuesen presuntivos al tiempo de la ausencia ó de las últimas noticias, ya por ser legítimos, ya por estar instituídos en testamento público; y de igual modo pudiéramos citar otras varias legislaciones, en las que nada se dice expresamente del cónyuge presente, por más que deba considerársele comprendido en la denominación genérica de *interesados*, que casi todas ellas usan.

Lo mismo sucedía en el proyecto de Código de 1851, según el que sólo podían intentar la acción establecida para solicitar la declaración de ausencia, los herederos presuntivos legítimos ó instituídos en testamento abierto, ó cualquiera otra persona que tuviera sobre los bienes del ausente algún derecho subordinado á la condición de su muerte, si bien concedió al cónyuge presente el derecho de impedir dicha declaración ó de ejercitar, después de hecha ésta, los que á su vez pudieran corresponderle dependientes de la muerte de su consorte (arts. 313 y 314).

Más completo el Código argentino, enumera las siguientes personas que pueden solicitar la declaración de ausencia: 1.° El cónyuge. 2.° Los presuntos herederos legítimos. 3.° Los instituídos en un testamento abierto. 4.° Los legatarios. 5.° Los que tuviesen derechos á bienes poseídos por el ausente. 6.° Los que tuviesen sobre sus bienes algún derecho subordinado á la condición de su muerte. 7.° El Ministerio fiscal. 8.° El Cónsul respectivo, si el ausente fuere extranjero.

El artículo que examinamos, reconociendo los indisputables

derechos del cónyuge presente y ajustándose al principio, consignado en el párrafo primero del 183, de que á éste corresponde en primer término la representación del ausente, le ha llamado también en primer grado al ejercicio del derecho establecido en el artículo anterior para solicitar la declaración de ausencia, facilitándole así el medio de provocar este estado, en el que ha de ser también el administrador de los bienes, como veremos al comentar el art. 187.

En segundo lugar se hallan los herederos instituídos en testamento, *que presentaren copia fehaciente del mismo.*

Algunos, fundándose en las razones expuestas por Leroy, opinan que el Código debiera haber llamado á los herederos legítimos antes que á los testamentarios, porque siendo el testamento un acto esencialmente revocable, es mucho menos seguro y más precario el derecho de éstos á los bienes del ausente, que el de aquellos á quienes por ministerio de la ley debe corresponder la herencia, y hasta han supuesto que no existe razón de peso alguna para colocar primero á los herederos testamentarios que á los abintestato, á pesar de llevar éstos en su abono la permanencia de su estado, y aquéllos en su perjuicio la revocabilidad del testamento. Pero sin discutir nosotros los títulos de unos y otros herederos, debemos decir, sin embargo, en apoyo de la disposición del artículo, que el Código ha procurado siempre en esta materia atender á la voluntad del ausente é inspirarse en sus manifestaciones, y así como en el caso de hallar un apoderado encargado por éste de representarle ó de administrar sus bienes, respeta ese hecho y detiene su acción impidiendo la declaración de ausencia hasta que no transcurra un plazo mucho mayor, del mismo modo cuando encuentra un testamento en que el ausente instituye heredero aun con exclusión de sus parientes, supone con razón que el instituído es el que más afecto y más interés le inspira, siendo á la vez el más indicado para representarle y solicitar la declaración de ausencia. Por eso no ha podido menos de dar la preferencia al heredero testamentario, á pesar de las opiniones de Leroy y de los que le si-

guen, pues esta es una materia en que hay que dejarlo todo á la voluntad expresa ó presunta del ausente.

La condición impuesta á los herederos testamentarios que soliciten la declaración de ausencia, de haber de presentar copia fehaciente del testamento en que hubieren sido instituídos, pone término á una cuestión que ha sido también largamente debatida. El Código portugués, en su art. 66, ordena que si el ausente hubiere dejado algún testamento cerrado, antes de pronunciar sentencia decretando la curaduría definitiva, deberá el juez mandar proceder á su apertura, á fin de tomar en debida consideración lo dispuesto en el mismo y ajustarse á ello en dicha sentencia; y análoga disposición contiene nuestro Proyecto de 1851, pues en su art. 318 establece, que una vez declarada la ausencia, si existiera un testamento cerrado, se abrirá á instancia de cualquiera que crea tener derecho en él.

En vista de esta disposición se ha preguntado si tendría ó no derecho á solicitar la declaración de ausencia el heredero ó legatario instituído en dicho testamento cerrado, previa la apertura del mismo, ó cualquiera otra persona que tuviere en él algún derecho subordinado á la muerte del testador; pero aparte de que el referido proyecto sólo admitía la apertura del testamento cerrado después de hecha la declaración de ausencia, y para el efecto de constituir la administración de los bienes en la persona favorecida por el testador, los términos empleados por el artículo que comentamos quitan ya todo lugar á duda, puesto que exige se acompañe copia fehaciente del testamento, lo cual supone que sea abierto, porque del testamento cerrado no podría sacarse copia sin abrirle, no pudiendo esto tener lugar, según la ley de Enjuiciamiento civil, hasta el fallecimiento del otorgante, y entonces no sería procedente la declaración de ausencia, ni tendría razón de ser este estado incierto constando ya la defunción del testador.

El Código no podía menos de considerar como peligrosa y contraria á la reserva propia de la naturaleza jurídica de los testamentos cerrados, esas pesquisas y aperturas que habrían

de ser necesarias para averiguar quiénes fueran las personas favorecidas en los mismos; y para evitarlo ha impuesto la condición ya dicha, que tanto equivale como á exigir la cualidad de ser nuncupativo ó abierto el testamento en que fueren llamados á la herencia los herederos solicitantes de la declaración de ausencia.

No hay, pues, lugar á dudas ni confusiones. No existe el olvido ó el silencio que algún comentador ha supuesto. Por el contrario, es lo 'suficientemente explícito el precepto, y según él sólo los que hubieren sido instituídos en testamento abierto son los que podrán ejercitar el derecho concedido á los herederos testamentarios en el núm. 2.° del presente artículo.

Ninguna explicación creemos que necesite el número 3.° del mismo, siendo su comentario de mera referencia á las disposiciones del cap. 4.°, título 3.° y libro 3.° también, en las que se establecen cuáles son los parientes llamados á heredar en los distintos órdenes de la sucesión intestada. Y en cuanto al número 4.°, nos bastará decir que en él están comprendidos el legatario, el donatario, el usufructuario y demás personas á quienes afecten las disposiciones *mortis causa* del ausente, ó á quien pertenezca algún derecho sobre los bienes del mismo, cuya realización dependa del fallecimiento de éste como condición suspensiva de su efectividad.

ARTÍCULO 186

La declaración judicial de ausencia no surtirá efecto hasta seis meses después de su publicación en los periódicos oficiales.

Ese término intermedio entre la declaración de la ausencia y el momento en que empieza á surtir sus efectos que establece el presente artículo, es una nueva garantía razonable y justa adoptada por el legislador, y un nuevo plazo concedido prudentemente al ausente para que pueda comparecer á ejercitar sus derechos ó proveer á la administración de sus bienes, ó, cuando

menos, pueda dar noticia de su persona, para evitar la declaración de la ausencia y con ella la constitución de sus bienes en administración.

Todos los Códigos extranjeros que con el interés debido se han ocupado de la ausencia, han establecido también en una ú otra forma un plazo más ó menos largo para que puedan producirse los efectos de la declaración de la misma.

En efecto; el Código francés, en su art. 119, dispone que no puede dictarse el fallo de declaración de ausencia hasta un año después de haberse ordenado la información ó justificación de los hechos en cuya virtud se solicita. El italiano exige, á más de una previa información sumaria, la publicación de dos edictos por espacio de un mes cada uno, y que transcurran otros seis meses á partir de la fecha en que hubiere sido publicado el segundo para que pueda acordarse la declaración de la misma.

El portugués manda que no se pronuncie la sentencia decretando la curaduría definitiva sin que antes haya sido llamado el ausente por edictos, que han de publicarse con seis meses de anticipación en el periódico oficial del Gobierno y en el de la respectiva Audiencia, y fijarse á la puerta de la iglesia parroquial de su último domicilio, no pudiendo tampoco librarse la correspondiente carta ejecutoria sin que transcurran cuatro meses después de la publicación de la sentencia, que ha de tener lugar en la misma forma prescrita para los edictos.

El Código de Uruguay previene también que en todo caso se justifiquen los hechos, que se publique la pretensión por tres edictos consecutivos y que transcurra un año desde la publicación en los periódicos oficiales.

El derecho común ruso exige igualmente la investigación judicial y la publicación de edictos en los periódicos oficiales del Estado y de la provincia, de seis en seis meses por espacio de cinco años.

No necesitamos citar más precedentes para que se comprenda cuán justa y acertada es la disposición de este artículo, que sin incurrir en las exageraciones de la última legislación cita-

da, adopta, sin embargo, un término medio suficiente para el objeto á que obedece esta medida generalmente adoptada, y puesto que tan justa resulta, no tenemos que insistir en su explicación y comentario.

El precepto de este artículo tiene íntimo enlace con la cuestión del procedimiento que haya de seguirse para la declaración de la ausencia, y esto justificaría su exposición en el presente lugar; pero para no traer á estos comentarios materias extrañas á ellos, y que corresponden á otra rama del derecho, nos limitamos á remitir á nuestros lectores á los arts. 2032 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, cuyas disposiciones quedan vigentes, según hemos dicho en otra ocasión, en todo aquello que no haya sido modificado por el Código. Se hará por medio de auto la declaración de ausencia, que se publicará en los periódicos oficiales, pero suspendiendo su ejecución y efectos hasta seis meses después de dicha publicación.

CAPITULO III

De la administración de los bienes del ausente.

ARTÍCULO 187

La administración de los bienes del ausente se conferirá por el orden que establece el art. 220 á las personas mencionadas en el mismo.

Hecha la declaración de ausencia y transcurridos seis meses después de su publicación en la forma indicada en el artículo anterior, cesará la administración interina y provisional en que hasta entonces hubieren estado constituídos los bienes del ausente, y será sustituída ésta por la administración definitiva, que constituye el objeto principal de este segundo período ó grado del estado de persona incierta. Los efectos de dicha administración son diversos de la anterior, y las facultades del administrador mucho más amplias que las del representante del ausente, por lo mismo que á medida que avanza el tiempo de la ausencia se van consolidando los derechos y las relaciones jurídicas que produce á favor de determinadas personas, hasta el punto de que la situación provisional que la ley autoriza en estas dos primeras épocas puede llegar hasta á convertirse en definitiva por el transcurso del término necesario para que se consolide la presunción de muerte, de que más adelante nos ocuparemos.

El presente capítulo está destinado á la exposición de los preceptos generales que regulan dicha administración, determinándose en éste, en su primer artículo, las personas á quienes reconoce la ley derecho á la administración de los bienes del ausente.

Equiparado éste por la ley al sordomudo, por la imposibilidad en que se halla de manifestar sus órdenes y su pensamiento sobre el cuidado de los bienes que le pertenezcan, tenían que ser llamadas al goce de dicha administración las mismas personas á quienes corresponde la tutela de los que sufren tal incapacidad, para ser consecuentes con el principio aceptado, y así lo ha hecho el Código con gran acierto y con elogio de casi todos sus comentadores.

En su virtud, corresponderá dicha administración: 1.º Al cónyuge no separado legalmente. 2.º Al padre, y en su caso á la madre. 3.º A los hijos. 4.º A los abuelos. 5.º A los hermanos varones y á las hermanas que no estuviesen casadas, con la preferencia del doble vínculo sobre los consanguíneos y uterinos. En el caso de ser varios los hijos ó hermanos del ausente, serán preferidos los varones á las hembras, y el mayor al menor dentro del mismo sexo, y si concurrieren abuelos paternos y maternos, serán también preferidos los varones, y los de la línea del padre en el caso de ser de un mismo sexo. El orden correlativo que acaba de indicarse determina la preferencia entre los designados.

Al proceder de este modo el Código, ha modificado el único precedente que existía en nuestro derecho positivo, ó sean los artículos 2031 y 2044 de la ley de Enjuiciamiento civil, el primero de cuyos artículos, conformándose con la antigua jurisprudencia citada en la introducción del presente título, que llamaba á la curatela de los bienes del ausente á los más próximos parientes que tuvieren derecho á sucederle abintestato, concedió á estos mismos la administración de dichos bienes; autorizándose en el segundo á los herederos instituídos en testamento para solicitar la administración de los bienes, con la condición de presentar copia fehaciente del mismo. Prescindiendo por ahora de los herederos testamentarios, debemos consignar que dicha ley llamaba á la administración á los parientes más próximos, y si bien en el caso de concurrir varios, y no estuvieren conformes todos acerca de cuál de ellos hubiera de encargarse de la

administración, los convocaba á junta para que se pusieran de acuerdo sobre su mejor derecho á ello, facultando al juez para nombrar al pariente ó parientes que mejor estimara (arts. 2036 al 2039, ambos inclusive), claro es que tenía que reconocer por base dicho nombramiento la proximidad del parentesco según el orden de suceder, en cuyo caso el cónyuge presente había de quedar postergado á los colaterales de cuarto grado.

Ya en el comentario de los arts 183 y 185 hemos hecho notar que la tendencia del Código ha sido mejorar la condición del cónyuge, reconociendo justamente sus legítimos é indisputables derechos, tan dignos de respeto en el presente caso por la consideración que, subsistiendo, á pesar de la ausencia, la sociedad conyugal, el cónyuge no separado legalmente es el más indicado, por ser quien mayor interés tiene en la representación del ausente y en la administración de su caudal. El art. 1441 otorga además á la mujer la administración de los bienes del matrimonio por la declaración de ausencia del marido.

A falta de cónyuge llama el Código á los parientes más próximos, no por el orden de sucesión abintestato, como lo hacía la antigua jurisprudencia y la ley de Enjuiciamiento civil, sino por el que aconseja la justa presunción de la mayor solicitud y cuidado que hayan de prestar en el gobierno de los bienes del ausente, porque no se trata en realidad de una sucesión provisional, como algunas legislaciones y algunos autores han creído, sino de suplir una incapacidad, cual es la en que se halla el ausente, por razón de su apartamiento ó ausencia, de proveer á dichos cuidados. Por eso se llama antes á los padres que á los hijos, á pesar de estar éstos primero en el orden de la sucesión intestada.

Si no existiere el padre ó la madre del ausente, corresponderá la administración á los hijos, prefiriendo el varón á la hembra y el mayor al menor. A falta de hijos entrarán en el goce de ella los abuelos, prefiriendo también á los varones, y en el caso de ser de un mismo sexo, á los de la línea paterna; y después de éstos son llamados los hermanos en los términos antes ex-

puestos, es decir, con la preferencia del doble vínculo sobre los consanguíneos y uterinos, y dentro de una misma clase, prefiriendo el varón á la hembra y el mayor al menor. Son tan fáciles de apreciar las razones que justifican esta gradación en el llamamiento hecho, que nos consideramos dispensados de toda consideración sobre ello.

Por la razón ya dicha de que no se trata de una sucesión provisional, sino de suplir la incapacidad de una persona, ha prescindido el Código de llamar á la administración á los herederos testamentarios, como lo hacía el art. 2044 de la ley de Enjuiciamiento civil. No faltará quizás quien tache por ello de poco consecuente al Código, sosteniendo que del mismo modo que lo hizo respecto al derecho de provocar la declaración de ausencia, debió inspirarse en la voluntad expresa ó presunta del ausente y respetar los derechos creados por los actos de éste, en cuya virtud debió otorgar la administración á los herederos testamentarios, así como les concedió el derecho á solicitar dicha declaración de la cual es aquélla corolario.

Pero aparte de que con ello se incurriría en el peligro, que acertadamente ha querido evitar el Código, de facilitar declaraciones de ausencia inspiradas tan sólo en el interesado fin de obtener la administración de los bienes, hay que tener en cuenta que no se trata en este estado de la ausencia de una sucesión provisional, como sucede en algunas otras legislaciones y como sucedía en el Proyecto de Código de 1851, según el que, una vez declarada la ausencia, entraban en posesión provisional de los bienes los herederos testamentarios del ausente, ó los legítimos en su caso, pudiendo desde luego ejercitar sus derechos bajo fianza los legatarios, donatarios y en general todos aquellos que tuvieren algún derecho sobre los bienes del ausente, subordinado á la condición de su muerte (art. 318). El Código, según hemos dicho, ha apartado de estas diligencias toda idea de sucesión: sólo ha atendido á suplir la incapacidad en que el ausente se halla, equiparándole al imposibilitado de atender por sí al cuidado de sus bienes, y una vez aceptado el principio no podía

quebrantarle para dar entrada en la administración á personas extrañas.

Ajustándose á este criterio, al determinar el legislador las personas más idóneas para el desempeño de dicho cargo, ha hecho bien en atender á los vínculos del cariño, prescindiendo de los herederos testamentarios, para que no llegara el caso de ver encargados de la administración de los bienes del ausente á los extraños antes que los parientes, á pesar de lo inseguro y precario de su título.

El Código ha llegado en esa determinación hasta los hermanos inclusive; pero en el caso de que no existan parientes dentro de estos límites, ¿qué es lo que deberá hacerse?

Repetimos lo que ya dijimos sobre análoga cuestión en el comentario del art. 183. Como aquél, el presente establece sólo un orden de prelación y no cierra las puertas de la administración á las demás personas que pudieran venir á desempeñarla, en el caso de no existir parientes de los especialmente llamados. Por lo tanto, en estos casos tendrán aplicación como supletorias las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil: entrarán á administrar los bienes los parientes colaterales más próximos, y en último caso, un extraño, con las debidas seguridades á satisfacción del juez encargado de hacer el nombramiento.

El cargo de administrador de los bienes del ausente, ¿será obligatorio para el nombrado, á no existir legítima causa de excusa? Así lo han entendido Ferreira y algunos otros autores extranjeros; pero preciso es reconocer que nuestro Código no ha dado carácter público á dicho cargo como al del tutor, y que si bien se trata de suplir por este medio la incapacidad en que se halla el ausente, no se trata de una verdadera tutela ni de ningún otro oficio público.

Han sido tachadas de deficientes las disposiciones del Código, por no consignarse en ellas precepto alguno acerca de las garantías que deben exigirse al administrador para el buen desempeño de su cargo, así como sobre la remuneración que el mismo debe disfrutar, y las formalidades con que debe ser consti-

tuída la administración; pero desde luego se comprende la falta de razón de dicho cargo, pues además de que en el art. 182 se ordena que el juez acordará las diligencias necesarias para asegurar los derechos é intereses del ausente, y señalará la retribución de su representante, conforme á lo dispuesto respecto de los tutores, en la ley de Enjuiciamiento civil deben buscarse las disposiciones cuya falta observan dichos comentadores, pues en vez de haber sido derogadas por el espíritu del Código, según se ha dicho por uno de ellos, continúan en vigor en todo lo que no resulte modificado ó en abierta incompatibilidad con los preceptos de éste. En su virtud, en tanto que no se introduzcan en dicha ley las reformas que exige el nuevo régimen legal creado por el Código, habrá que estar á lo dispuesto en los arts. 2036 al 2042 inclusive de la misma, en cuanto estas sean compatibles con los principios establecidos en dicho Código, y con arreglo á ellos el administrador deberá prestar fianza á satisfación del juez en cantidad suficiente y tendrá derecho á la retribución señalada en el art. 2042 de la citada ley.

Sin embargo, esto no debe regir para el caso de ser el cónyuge presente el administrador. En efecto, si éste fuera el marido, sabido es que de derecho le corresponde la administración de todos los bienes de la sociedad conyugal, sin necesidad de garantía alguna y hace suyos los frutos de los mismos con la única obligación de levantar las cargas de la sociedad de gananciales; y si fuere la mujer, se transferirá á ella la administración también de todos los bienes del matrimonio por ministerio de la ley y sin requisito alguno con arreglo al núm 2.º del art. 1441 del Código, teniendo en ella *idénticas atribuciones* y responsabilidades que el marido, en cuya virtud hará igualmente suyos los productos de los mismos, si bien con la carga indicada.

Fuera de estos casos, el precepto de la ley procesal es obligatorio y su aplicación ineludible, y, por lo tanto, no podemos estar conformes con la opinión de un comentador, que entiende hará suyos siempre el administrador todos los frutos de los bienes administrados, fundándose en lo dispuesto en algunas legis-

laciones extranjeras, que no constituyen en administración los bienes, como en nuestro Código, sino que se entregan provisionalmente á las personas con derecho á ello, siendo distinto el criterio en que se inspiran y no existiendo en nuestro derecho disposición alguna que lo autorice más que respecto de los cónyuges, y esto por una razón distinta que no concurre respecto de los demás administradores de bienes de los ausentes.

ARTÍCULO 188

La mujer del ausente, si fuere mayor de edad, podrá disponer libremente de los bienes de cualquiera clase que le pertenezcan; pero no podrá enajenar, permutar, ni hipotecar los bienes propios del marido, ni los de la sociedad conyugal, sino con autorización judicial.

Este artículo establece uno de los más importantes efectos de la declaración de ausencia é introduce una notable novedad en nuestro derecho.

En efecto: en el primer período de la ausencia, ó sea durante los dos años siguientes á la desaparición del ausente ó á la caducidad del poder conferido por el mismo, la acción del legislador está limitada á prescribir medidas provisionales, puramente de prevención, para asegurar los derechos y los bienes de aquél, sin que por esto se altere ni modifique el régimen económico de la familia ni la capacidad jurídica de la mujer casada, la cual, conservando este estado por la presunción de existencia del ausente con todas las limitaciones propias del mismo, no podrá enajenar sus bienes ni gravarlos sin la competente autorización judicial para suplir la falta de la licencia marital; pero llegado este segundo período, declarado ya el estado de ausencia y constituídos los bienes en administración, la mujer recobra la libre disposición de sus bienes propios, cualquiera que sea su clase, y sólo necesitará en adelante la autorización judicial para vender, permutar ó hipotecar los que fueren de la pertenencia del

marido ó los de la sociedad conyugal. La diferencia, pues, entre una y otra época de la ausencia no puede ser más notable y trascendental.

Algunos autores han censurado esa amplia libertad concedida á la mujer en cuanto á sus bienes propios, entendiendo que en todo caso debiera el Código exigir, como en el de Guatemala, el requisito de la autorización judicial, por no haber razón, á su juicio, bastante que justifique el desamparar al marido, por el solo hecho de la ausencia prolongada, de la dirección que de derecho le corresponde en el orden económico de la familia, cuando existe la autoridad judicial que debe velar por los fueros de la persona incierta y suplirla en estos casos. Dícese también con tal motivo, que cuando el cónyuge presente no hace uso del derecho que le concede el art. 1433 para solicitar la separación de bienes, tiene que continuar subsistente la sociedad conyugal, no siendo la mujer en ausencia declarada del marido más que un administrador de dicha sociedad, por lo que no debió el Código haber avanzado tanto como lo ha hecho, hasta conceder á ésta un excesivo poderío, en sustitución del marido, á pesar de la presunción de existencia de éste; en cuya virtud entienden los que esto suponen que sería conveniente, en todo caso, la licencia judicial como prudente garantía para evitar los fraudes que pudieran cometerse en perjuicio del marido á quien corresponden determinados derechos sobre los bienes de su mujer; derechos que debiera recuperar al cesar la ausencia, y que quedarían completamente ineficaces si en uso de esa libertad otorgada á ésta los hubiere innecesariamente enajenado.

De este modo discurren los que pretenden volver como justo medio al sistema de la ley 59 de Toro (15, tít. 1.º, libro X de la Novísima Recopilación), que facultó á los jueces para conceder á la mujer, con conocimiento de causa, la licencia que el marido hubiera de dar, si éste se hallare ausente y no se esperase su próxima vuelta ó corriese peligro en la tardanza, siempre que la venta fuese legítima y necesaria ó provechosa para la mujer. Pero no puede desconocerse que era por demás dura y aflictiva

en ese régimen legal la situación de la mujer casada, cuando, ausente el marido por largo tiempo y sin tener esperanza de su próximo regreso, se veía obligada por las circunstancias á disponer de sus bienes para cubrir las necesidades perentorias de la familia, ó por razones de notoria conveniencia, pues entonces, ó tenía que acudir en cada caso á los tribunales para que le concedieran la autorización necesaria, ocasionándose dilaciones perjudiciales y gastos considerables, ó había de resignarse á dejar en abandono atenciones imperiosas, á pesar de tener bienes suficientes para ello, ó de renunciar á los beneficios que la enajenación pudiera reportarle.

Este estado de cosas no podía autorizarlo el Código, y por eso permite á la mujer en el artículo que examinamos disponer libremente, es decir, sin necesidad de licencia alguna, de los bienes de su exclusiva pertenencia. En esto no puede haber los perjuicios que se suponen respecto del marido, porque si el artículo 1433 faculta á la mujer para pedir la separación de bienes en vista de la declaración de ausencia, sacando así todos los suyos de la sociedad conyugal, con pérdida por parte de aquél de los derechos que sobre los mismos le conceden las leyes, mucho menores pueden ser las consecuencias, en el caso de disponer sólo de aquellos que fueren precisos á juicio de la mujer, permaneciendo los restantes sometidos á la sociedad de gananciales y á los demás efectos jurídicos antes indicados.

Hemos dicho que por la declaración de ausencia puede la mujer solicitar la separación de bienes, y así lo establece, en efecto, el art. 1433 del presente Código, el cual autoriza al marido y á la mujer para solicitar dicha separación cuando hubiere sido declarado ausente el cónyuge del demandante, bastando para que se decrete presentar la sentencia firme en que hubiere sido hecha tal declaración. En este caso quedará disuelta la sociedad de gananciales, y previa la liquidación correspondiente, la mujer entrará en la administración de su dote y en la de los demás bienes de la sociedad conyugal que le hubieran correspondido por resultado de dicha liquidación, con arreglo al pá-

rrafo 2.º del art. 1436, los cuales podrá enajenar libremente por haber pasado á su exclusivo dominio, y por lo tanto, el precepto de la última parte del artículo que examinamos no tendrá aplicación en el caso en que, á instancia de la mujer y por ausencia del marido, se hubiere solicitado la división de bienes, siendo esta excepción una lógica derivación de la disolución de la sociedad conyugal. Sin embargo, necesitará dicha licencia para enajenar ó gravar durante el matrimonio los bienes inmuebles que le hubieran correspondido por consecuencia de la separación, según lo dispuesto en el art. 1444.

Además, por virtud de la declaración de ausencia del marido, se transfiere á la mujer la administración de los demás bienes del matrimonio, conforme al núm. 2.º del art. 1441, teniendo respecto de los mismos idénticas facultades y responsabilidades que el marido, y si bien no podrá venderlos sin la licencia judicial, según el art. 1444 antes citado, no sucede lo mismo con los frutos de ellos, los cuales podrá enajenar levantando con éstos las cargas de la familia del mismo modo que lo hace el marido.

El Código portugués, en su art. 84, establece casi la misma doctrina, disponiendo que el cónyuge presente puede disponer libremente de sus bienes, una vez hecho el inventario y la partición ó separación de los conyugales; y en cuanto á los bienes del cónyuge ausente, le concede el art. 85 los mismos derechos y obligaciones que á los curadores definitivos, pero con la particularidad de pertenecerle todos los frutos y rendimientos de los mismos. Y también concuerda el artículo que examinamos con el 748 del de Méjico, el 97 del de Guatemala y el 66 del de Uruguay.

Para los casos en que, según se ha indicado, es necesaria la autorización judicial, véanse los párrafos 2.º y siguientes del artículo 1444.

ARTÍCULO 189

Cuando la administración corresponda á los hijos del ausente, y éstos sean menores, se les proveerá de tutor, el cual se hará cargo de los bienes con las formalidades de la ley.

Tal es la sencillez del precepto contenido en este artículo, que estimamos innecesario todo comentario y menos precisa aún es la demostración de su fundamento, pues desde luego se comprende que en el caso de ser llamados á la administración de los bienes aquellos que se hallaren en la menor edad, como éstos por causa de su incapacidad no pueden ejercer los actos propios de la misma, necesario es suplir su falta de personalidad jurídica con el nombramiento de un tutor que se haga cargo de los bienes, lo mismo que si no existiera realmente el padre ausente. Dicho nombramiento se hará conforme á lo prevenido en el título que sigue, relativo á la tutela.

ARTÍCULO 190

La administración cesa en cualquiera de los casos siguientes:

1.° Cuando comparezca el ausente por sí ó por medio de apoderado.

2.° Cuando se acredite la defunción del ausente, y comparezcan sus herederos testamentarios ó abintestato.

3.° Cuando se presente un tercero, acreditando con el correspondiente documento haber adquirido por compra ú otro título los bienes del ausente.

En estos casos cesará el administrador en el desempeño de su cargo, y los bienes quedarán á disposición de los que á ellos tengan derecho.

En los casos que en este artículo se determinan, según el 2043 de la ley de Enjuiciamiento civil, *debe sobreseerse en los pro-*

cedimientos cualquiera que sea el estado en que se hallen, y, según el Código, *habrá de cesar la administración* en que se hallaren constituídos los bienes del ausente. Esta diferencia de expresión, hija del distinto carácter de una y otra legislación, si bien no afecta á lo sustancial, puesto que son idénticos los efectos en ambos casos, determina la aplicación que ha de hacerse de dichas disposiciones, y justifica la supresión hecha en el presente artículo del caso segundo del citado de la ley procesal, á la vez que se han aceptado todos los demás.

Dicha ley se refiere al caso en que se hallen pendientes los procedimientos, puesto que ordena se sobresea en ellos; y el Código al en que aquéllos estén terminados con la declaración de ausencia, que ha de preceder al nombramiento de administrador. Por eso está en su lugar el precepto de la ley de Enjuiciamiento civil para que se sobresea en los procedimientos, cualquiera que sea el estado en que se hallen, en los casos del presente artículo, y además «cuando se adquiera noticia cierta de la existencia y paradero del ausente» que es el segundo del artículo 2043 antes citado, porque entonces cesa la razón y objeto de aquéllos; y es también justa la supresión que de dicho motivo se ha hecho en el Código al determinar los casos en que ha de cesar la administración de los bienes del ausente, después de constituída. No basta para esto que se tenga noticia, aunque sea cierta, de la existencia y paradero del ausente, sino que es preciso comparezca éste por sí ó por medio de apoderado: luego que comparezca, cesará la administración, entregándole los bienes, y mientras tanto es previsor y prudente que continúe aquélla para que éstos no queden abandonados. Si en tales circunstancias el ausente dilata su comparecencia, se presume su voluntad de que siga la administración como la constituyó el juzgado hasta que le convenga ó pueda comparecer.

Resulta, pues, que no existe contrariedad alguna entre una y otra disposición, y que ambas pueden y deben ser aplicadas á sus casos respectivos. Si durante el procedimiento para la declaración de ausencia y antes de constituirse en forma la admi-

nistración, se tuviese noticia cierta de la existencia y paradero del ausente, deberá sobreseerse en las actuaciones sin dar lugar á la declaración de ausencia, conforme á la ley procesal y al Código, puesto que falta el fundamento que éste exige para hacer dicha declaración. Pero si se adquiere esa noticia después de constituída la administración, no debe cesar esta mientras el ausente no comparezca por sí ó por medio de apoderado, conforme al núm. 1.° del artículo que estamos comentando.

El Código portugués, en su art. 78, admite la noticia de la existencia del ausente, no para poner término de una manera definitiva á la curaduría, sino para su conversión en provisional mientras no comparezca el ausente ó persona que legalmente le represente; sustancialmente, lo mismo que se ordena en el nuestro.

En cuanto al segundo caso de este mismo artículo, desde luego se comprende que, abierta la sucesión del ausente con el fallecimiento del mismo, han de entrar los bienes en una nueva condición, pues, según ha dicho un escritor distinguido, de *reversibles* al ausente, en el caso de perecer, se convertirán en propios de la herencia, y, en su consecuencia, cesará la administración, ya por confusión de la personalidad del administrador con la de heredero, ya por pasar á otra persona llamada por la ley ó por testamento, con preferencia á la que hasta entonces hubiese estado desempeñando el cargo de administrador. Según el Código, no bastará para este efecto que se tenga noticia del fallecimiento del ausente, ni aun siquiera que se acredite la defunción por documento auténtico, sino que es además preciso que comparezcan sus herederos testamentarios ó abintestato; y la razón es la misma que hemos dado ya antes para justificar el que el artículo que comentamos no acepte como causa bastante para la cesación de la administración la circunstancia de haberse adquirido noticia de la existencia y paradero del ausente.

Excusado es decir que los herederos ó sus representantes habrán de comparecer en las diligencias judiciales seguidas para la declaración de ausencia y constitución de la administración,

solicitando el alzamiento de ésta y la entrega de los bienes, debiendo acreditar para ello su cualidad de tales herederos con copia fehaciente del testamento en que hubieren sido instituídos, y en el caso de haber muerto intestado el ausente, con testimonio del auto en que haya sido hecha la declaración de herederos abintestato á favor de los comparecientes.

El Proyecto de Código de 1851 establecía en su art. 321 que si el ausente se presentaba ó se probaba su existencia antes de declararse la presunción de su muerte, le serían entregados los bienes *con deducción del quinto de sus frutos y rentas*, que quedarían á beneficio del que había tenido la posesión provisional; pero ya en otra ocasión hemos explicado la razón por la que, dado el sistema del nuevo Código, no podía tener aplicación ese precepto del proyecto, que también se encuentra en algunas otras legislaciones, en las que, como en el citado proyecto, existe una verdadera posesión de los bienes, aunque provisional por parte de la persona que tuviere derecho para ello; y, por lo tanto, poseyendo éste para sí y de buena fe, justo es que haga suyos los frutos en todo ó en parte. No sucede lo mismo en aquellos códigos que, como el nuestro, constituyen los bienes en administración en este período de la ausencia, pues como el administrador no posee por sí y para sí, sino en representación del ausente y para el ausente ó quienes deban sucederle, claro y evidente resulta que no puede hacer suya parte alguna de los frutos, y sólo habrá de disfrutar la retribución correspondiente.

En cuanto al tercero de los casos ó motivos establecidos en el presente artículo como causa para que cese la administración, debemos únicamente exponer que su precepto no puede estar más justificado, puesto que fundándose la administración decretada en estos casos en la propiedad que sobre los bienes administrados corresponde al ausente, desde el momento que esa propiedad desaparezca, por haberla transmitido éste á otra persona en uso de su indisputable derecho, ésta se constituye en el lugar de aquél, y cesa la razón de dicha administración.

Sin embargo, á pesar de lo justificada que se halla su disposición, no todas las legislaciones admiten dicha causa, siendo muchas las que prescinden de ella. En este caso se encuentra el Código francés, el de Portugal, el de Uruguay y el de Guatemala.

Fúndanse los que no admiten este medio de cesar la administración de los bienes del ausente en el temor á los fraudes que fácilmente podrían cometerse; pero un Código no puede considerar como común el fraude, sino la legitimidad de los actos jurídicos; y, por lo tanto, siendo auténtico y legítimo el título presentado por el tercero, ó en tanto que no se halle declarada su ilegitimidad, hay que reconocer la validez de la transmisión hecha por el ausente, y tiene ésta que surtir todos sus efectos.

Concluye el presente artículo ordenando que en los casos á que se refiere «cesará el administrador en el desempeño de su cargo, y los bienes quedarán á disposición de los que á ellos tengan derecho». Por consiguiente, también á éstos habrá de rendir las cuentas el administrador, entregándoles los frutos y rentas líquidas que hubiesen producido los bienes.

CAPITULO IV

De la presunción de muerte del ausente.

ARTÍCULO 191

Pasados treinta años desde que desapareció el ausente ó se recibieron las últimas noticias de él, ó noventa desde su nacimiento, el juez, á instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte.

Este es el tercero de los estados ó períodos que el Código aprecia en la ausencia, y desde luego se comprende que sus efectos han de ser de más transcendencia é importancia y de índole diversa que los producidos en los dos períodos anteriores, pues en éstos se parte de la existencia presunta del ausente, y en el que ahora vamos á examinar de la presunción de muerte del mismo, fundada en el hecho de haber transcurrido, sin tenerse noticia de él ó desde que se ausentó, un espacio de tiempo tal, que necesaria y fundadamente deba suponerse su fallecimiento, ya por haber traspasado los límites de la duración ordinaria de la vida humana, ya por haberse robustecido y avanzado tanto el estado de incertidumbre, que casi se alcanza la certeza de la inexistencia del ausente.

En el presente capítulo, el Código establece los principios fundamentales por que se rige dicho estado, determinando en primer término cuándo puede haber lugar á él, y en segundo lugar los efectos de su declaración.

Al primero de dichos objetos responde el artículo que examinamos, en el que, de acuerdo con el principio antes indicado, se han seguido dos criterios para la fijación de los casos en que

puede tener lugar este período de la ausencia; á saber: uno, el transcurso de un número de años, á partir de la desaparición ó de las últimas noticias del ausente, tan considerable, que prudencial y racionalmente deba presumirse su muerte, porque no se concibe en lo humano un abandono tal de las personas y bienes como el en que habría de incurrir el ausente que en tanto tiempo no regresare á su domicilio ni diere noticia de sí; y otro, el de la edad del mismo en relación con el curso ordinario de la vida humana.

Para el primer caso señala este artículo el término de treinta años, y para el segundo el que fuere necesario para que el ausente cumpla los noventa años de edad; y, por lo tanto, esta segunda regla sólo tendrá lugar en el caso de que al tiempo de su desaparición contase aquél más de sesenta años.

En cuanto á la fijación de dichos términos, disienten considerablemente la mayor parte de las legislaciones.

El Código holandés establece la presunción de muerte á los cinco años, si el ausente no hubiere dejado apoderado, y á los diez en otro caso. El de Guatemala dispone que se presumirá la muerte del ausente cuando éste hubiere cumplido setenta años. El de Portugal autoriza la presunción de muerte á los veinte años de ausencia ó á los noventa y cinco de edad; pero no exige que se haga la declaración judicial de ella para que los herederos en ambos casos puedan disponer como suyos de los bienes del ausente. El Código francés establece los plazos de treinta y cien años, respectivamente, y no estima tampoco necesarias la sentencia de presunción de muerte, bastando el transcurso de dichos plazos para pedir al tribunal la posesión definitiva de la herencia.

El Código austriaco distingue en cuanto á las causas de la desaparición, y establece que habrá lugar á la presunción de muerte: 1.°, á los diez años de ausencia, sin tener noticia del paradero del ausente, ó cuando éste cumpla ochenta años de edad; 2.°, á los treinta años desde la desaparición, cualquiera que sea su edad, y 3.°, á los tres años de la desaparición del

ausente, si ésta fué á consecuencia de algún naufragio ó batalla, ó cualquier otro peligro análogo. El de la Argentina fija el plazo de seis años en circunstancias ordinarias, y el de tres cuando la desaparición se refiriese á persona que hubiese sido gravemente herida en un conflicto de guerra, ó que naufragase en un buque perdido, ó que se hallase en un lugar de un incendio, terremoto ú otro suceso semejante en que hubiesen muerto varias personas. El de Alemania, por último, establece los siguientes plazos: 1.° El general de diez años de ausencia, contados desde las últimas noticias. 2.° El de cinco años, cuando el ausente tenga setenta cumplidos. 3.° El de tres años, cuando el ausente hubiere desaparecido en ocasión de tomar parte en una guerra como individuo de fuerza armada ó agregado á ella; y 4.° El de un año á partir de la pérdida del buque, para los que desaparecieren en un naufragio.

En cuanto á nuestra legislación, ya citamos en la introducción del presente título las leyes 14, tít. 14 de la Partida 3.ª, y la 26, tít. 31 de la misma Partida, únicos precedentes que se encuentran en el derecho antiguo, y los arts. 90 de la ley de Matrimonio civil y 2047 de la de Enjuiciamiento civil, que constituían el estado legal vigente al tiempo de la publicación del Código, estableciéndose por el primero de los artículos citados que para considerar como causa de presunción de muerte á la ausencia, es indispensable que ésta se prolongue hasta que tuviere cien años de edad el ausente, y en el segundo que la declaración de dicha presunción ha de hacerse en el juicio correspondiente.

El proyecto de 1851 aceptó el plazo de los treinta años de ausencia consignado en el Código francés y, como éste fijó en cien años el límite máximo de la vida; pero si bien es cierto que existen ejemplos de personas que han llegado á dicha edad y aun pasado de ella, no es esto lo común y frecuente, pues, según el Salmo 89 (1), la vida del hombre no pasa por lo regular

(1) *Dies annorum nostrorum in ipsis septuaginta amni: si autem in potentatibus octoginta anni et amplia eorum labor et dolor.*

de setenta años, y apenas llega á los ochenta en los más robustos. Y como las presunciones deben fundarse en la regla general y no en los casos extraordinarios que puedan ocurrir, los autores del Código, ajustándose á este principio, redujeron el plazo de cien años establecido en la ley de Matrimonio civil á noventa, y aun así dieron al mismo bastante amplitud para comprender la generalidad de los casos.

De este modo, sin desatender ni perjudicar los derechos del ausente, se han favorecido los intereses de las personas llamadas á sucederle, evitándose los inconvenientes que reportaría el prolongar indebidamente la situación provisional del anterior estado de ausencia por la necesidad de esperar para la declaración de presunción de muerte un período de tiempo á todas luces innecesario, y estableciéndose en conformidad á lo dispuesto en la base 6.ª de la ley de 11 de Mayo de 1888, mayores y nuevas garantías que han de contribuir á asegurar el disfrute de los bienes y derechos del ausente por aquellos que pudieran adquirirlo en sucesión testada ó abintestato.

Aunque la ley establece la presunción de muerte de una manera preceptiva por el lapso de cualquiera de los términos indicados, innecesario es advertir que esa presunción es sólo *juris tantum*, y por consiguiente admite prueba en contrario, quedando sin efecto la declaración hecha si el ausente se presentara, ó si se probase su existencia por alguno de los medios admitidos en derecho, según se expondrá en el comentario del art. 194.

Réstanos indicar, para dejar explicado el sentido de este artículo que así como en los dos anteriores períodos de la ausencia quedan al arbitrio prudente de los tribunales las declaraciones oportunas, en éste la resolución se impone al criterio judicial.

La razón de esta diferencia es obvia y sencilla, pues desde luego se comprende que, si bien razones de equidad y de indisputable conveniencia pueden aconsejar el que se faculte al juez, llamado á prestar el concurso del poder social para el aseguramiento y administración de los bienes del ausente, á dilatar la

adopción de las medidas precautorias ó la constitución de la administración por respetos á la presunción de la existencia del ausente, no sucede lo mismo en este tercer período, en que se parte de la presunción de su muerte, la cual exige que no queden por más tiempo en lo incierto los derechos de los que deben sucederle. En esta distinción estriba la razón de la diferencia que se observa entre los arts. 181 y 184 y el que ahora examinamos. La disposición de éste es, pues, preceptiva, y, por lo tanto, concurriendo las circunstancias expresadas de haber transcurrido treinta años desde la desaparición del ausente, ó desde que se recibieron las últimas noticias, ó de haber llegado el ausente á la edad de noventa años, cualquiera que sea el tiempo de la ausencia é ignorado paradero del mismo, siempre que no haya noticia de su existencia, habrá de ser necesariamente declarada la presunción de muerte cuando lo solicite parte interesada.

Ahora bien: ¿quiénes podrán ser considerados como parte legítima para el efecto de solicitar la declaración de presunción de muerte del ausente?

Un ilustrado comentador del Código opina que en este concepto deben entenderse comprendidas todas las personas que, según el art. 185, están facultadas para solicitar la declaración de ausencia; pero obsérvese que el Código ha seguido distinto sistema en cada uno de los estados de la ausencia, estableciendo en el primero que podía procederse á la adopción de las medidas provisionales que constituyen su objeto á instancia de *parte legítima,* determinando en el segundo, de modo expreso, las personas á quienes especialmente reconoce el derecho de solicitar la declaración de ausencia, y refiriéndose, por último, en este tercer período, á los que fueren *parte interesada*, limitando ó ampliando en cada uno de dichos casos la instancia de parte según las circunstancias.

Esto sentado, y procediendo con dicho criterio, fácil es comprender, que siendo la declaración de presunción de muerte el medio por cuya virtud se abre la sucesión del ausente, según el

artículo 193, han de tener necesariamente derecho á promover dicho estado todas aquellas personas á quienes asista algún interés en dicha sucesión, ya provenga éste de una institución testamentaria, ya de los llamamientos de la ley en la sucesión intestada, ya provenga de actos ó contratos celebrados con el ausente, ó, en suma, de la existencia de algún derecho sobre los bienes del mismo, subordinado á la condición de su muerte, como sucede respecto de la viuda, del legatario, donatario, acreedor, etc., etc.

Esa condición de tener interés en la sucesión que ha de abrirse por consecuencia de la presunción de muerte, es lo que ha querido significar el Código en los términos empleados por el artículo que examinamos, y lo que determina el concepto de parte interesada.

Algunos entienden, y entre ellos Bigot-Préameneu, que para decretarse la presunción de muerte debe preceder una información judicial, con intervención del Ministerio fiscal, en la que se haga constar, en la forma ordinaria, que después de la declaración de ausencia ha continuado ésta sin que se reciban noticias del ausente.

El Código nada dice sobre ello, pero no por esto son justas las censuras de que ha sido objeto con tal motivo, pues como se ha dicho ya en repetidas ocasiones, no podían incurrir sus autores en el defecto de traer á su articulado disposiciones puramente procesales, cuya exposición corresponde á la ley de Enjuiciamiento civil, que es la llamada á establecer la forma en que deben ser ejercitados todos los derechos, y, por lo tanto, el concedido por el artículo que examinamos para solicitar la declaración de presunción de muerte.

Y en efecto; en el art. 2047 de dicha ley encontramos un principio que resuelve la duda, pues en él se reconoce que la indicada declaración ha de hacerse en el juicio correspondiente, lo cual supone la idea de contención entre partes; de una, el que solicita la declaración, y de otra, el administrador ó representante del ausente, que en su representación es el llamado á im-

pugnar tal solicitud, si hubiere motivo para ello, y el Ministerio fiscal por el interés que pueden tener personas desconocidas ó ausentes, y en su caso el Estado.

Esta necesidad de un juicio para la declaración de presunción de muerte se halla confirmada por el art. 192, que habla de sentencia declaratoria de dicha presunción, lo cual exige la tramitación propia de una contienda entre partes.

Un comentador del Código, ocupándose en esta misma cuestión, opina que la palabra empleada, *sentencia*, por dicho artículo debe entenderse en su sentido genérico, es decir, en el de toda resolución judicial que produzca por su firmeza un estado definitivo con fuerza ejecutoria, y que no existiendo verdadera contención entre partes, debe recaer dicha declaración en acto de jurisdicción voluntaria, como sucede con la declaración de ausencia que autoriza el art. 184. Pero, cualesquiera que sean las razones que militen en favor de esta opinión, debemos advertir que, habiendo tenido el Código en los anteriores períodos de la ausencia especial cuidado en significar el carácter discrecional y potestativo de las resoluciones que los Tribunales hubieren de dictar á consecuencia de dicho estado, no es posible suponer que haya procedido de ligero en el presente, atribuyendo el carácter de sentencia al acuerdo que hubiera de adoptarse, si no hubiera sido éste su propósito.

Hay, pues, que reconocer que si la ley habla muy acertadamente de sentencias, es porque ha querido que se tramite la pretensión, deducida con tal objeto, por la tramitación establecida para los juicios, como sucede con la prodigalidad, incapacidad y otros estados de la persona, por las graves consecuencias que dicha resolución puede producir, toda vez que á virtud de ella se abre la sucesión del ausente y sus bienes pasan (aunque á calidad de reversión en su caso) al patrimonio de sus herederos.

Esta inteligencia, que encontramos justificada con arreglo á los sanos principios del derecho, es también la que más se conforma con el precepto del art. 2047 de la ley procesal, y ningún inconveniente puede haber en que la ley exija esa garantía de

un juicio para declarar extinguida la personalidad del ausente, pues mientras se sustancia ese juicio han de seguir en administración los bienes; y éstos, con sus frutos ó productos líquidos, han de quedar á disposición de los llamados á sucederle, si hubiere lugar en definitiva á declarar la presunción de muerte, por o que ningún perjuicio pueden sufrir los derechos de éstos.

Algunos Códigos, como el de Portugal y el francés, no exigen, según hemos dicho ya, la declaración de la presunción de muerte, bastando que en cualquiera de los casos que los mismos establecen como causa bastante para presumir dicho estado, se pida al tribunal correspondiente la posesión definitiva de los bienes (poseídos ya provisionalmente) y el alzamiento de la fianza. Pero el nuestro, que parte de distinta base, pues en él no existe esa posesión provisional, sino una mera administración hasta el momento de la presunción indicada, no podía menos de exigir dicha declaración en forma solemne para evitar abusos, toda vez que ésta ha de producir el efecto de abrir la sucesión en los bienes del ausente, procediéndose á su adjudicación por los trámites del juicio de testamentaría ó abintestato, y así lo ha hecho adoptando el sistema seguido en la mayor parte de las legislaciones.

Del contexto del art. 191 pudiera deducirse que en todo caso era indispensable el transcurso de los treinta años, á contar desde la desaparición ó últimas noticias del ausente, ó de los noventa años desde su nacimiento, para poder pedir y conseguir la declaración de presunción de muerte. No es así, sin embargo. Hay casos en los cuales existen fundamentos serios y racionales para poder afirmar la muerte de una persona, aunque no se trate de un hecho indudable, y en ellos cabe declarar la presunción de esa muerte aun sin el transcurso del tiempo marcado en dicho artículo. Ocurrido un naufragio, por ejemplo. y hecho constar aunque con carácter provisional por no haber certeza del hecho, el fallecimiento de los desaparecidos en la catástrofe, hay una base para presumir la muerte, tan segura por lo menos como el transcurso de los treinta años ó el cumplimien-

to de los noventa. Esta racional doctrina es la que se afirma en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Abril de 1901, en la que se discute el concepto legal de ausencia ó de muerte que debe prevalecer en el caso apuntado. La institución de ausencia dice uno de los considerandos, se refiere á un estado de derecho creado por la desaparición de una persona cuyo paradero se ignora, respecto de la que no se puede afirmar si vive ó ha muerto, por ser desconocidas las circunstancias de su vida misma desde el momento de su desaparición, no pudiendo en tal supuesto declararse la presunción legal de su muerte sino después de transcurrido cierto tiempo y con determinadas condiciones. Pero cuando por haber ocurrido un naufragio ú otro accidente desgraciado, perfectamente comprobado por las diligencias instruídas al efecto, existe un fundamento racional para poder creer y afirmar que la persona de cuya desaparición se trata, fué víctima de la catástrofe ó pereció en ella, no hay obstáculo legal alguno que impida que se declare la presunción de su muerte, y sería en cambio anómalo suponerlo ausente.

ARTÍCULO 192

La sentencia en que se declare la presunción de muerte de un ausente, no se ejecutará hasta después de seis meses, contados desde su publicación en los periódicos oficiales.

Como en el art. 186, en el presente concede el Código un nuevo plazo al ausente para que provea á la administración de sus bienes, hasta entonces abandonados, ó dé razón de su existencia y paradero; y por la misma razón expuesta en dicho artículo, encontramos justa y conveniente la disposición del que ahora examinamos.

Diversos criterios han seguido los modernos códigos respecto de este particular, pues unos, como el de Alemania, dicen simplemente, que se hagan publicaciones, sin señalar plazo á partir de ellas para la declaración; y otros, por el contrario,

como el de Chile, llegan á prescribir que no surtirá la declaración estado, al efecto de conferir la posesión de los bienes del ausente, hasta diez años después de la fecha fijada como día presuntivo de la muerte.

El de la República Argentina difiere esencialmente del nuestro, pues en él no se establece plazo alguno para la ejecución de la sentencia, sino que, una vez hecha la declaración de muerte presunta, puede entrarse desde luego en la posesión provisoria de los bienes. Según el de Colombia, para que pueda hacerse dicha declaración es preciso que se cite al interesado por medio de edictos, que se publicarán en el periódico oficial con intervalo de cuatro meses, debiendo transcurrir también igual período de tiempo desde la última citación y la declaración citada.

En nuestro derecho ningún precedente tiene este artículo, pues en el 2047 de la ley de Enjuiciamiento civil antes citado no se establecía plazo alguno, después de hecha la declaración de presunción de muerte, para proceder al juicio de testamentaría ó abintestato en aquellos casos en que por dicha presunción pudiera abrirse la sucesión testada ó intestada del ausente. En el Proyecto de Código de 1851, tampoco se impuso dicho requisito, ordenándose en él que, hecha la declaración citada, se publicaría el testamento del ausente, si no estuviere publicado ya, y se daría la posesión definitiva de los bienes á sus herederos presuntivos al tiempo de la desaparición ó de las últimas noticias, sin necesidad de fianza, y quedando cancelada la que se hubiere prestado; y sólo cuando se llegase á probar la muerte, entonces debería deferirse la herencia á los que en esa fecha debieran heredarle, y habría de restituir los bienes al poseedor de ellos, reservándose el quinto de los frutos correspondientes á la época de la posesión provisional, y la totalidad de éstos desde que obtuvo la posesión definitiva (artículos 323 y 324). Pero ese estado provisorio, condicional é intermedio entre la posesión provisional y la entrega definitiva á los herederos llamados á suceder en la época del fallecimiento, cuando éste se

probare, ó sea la posesión definitiva conferida por el art. 323 del referido proyecto á los herederos presuntivos al tiempo de la declaración de ausencia, no descansaba en principios científicos ni racionales, y por eso hicieron bien en suprimirle los autores del artículo que examinamos, permitiendo pasar del estado provisional de administración, que constituye el segundo período de la ausencia, á la entrega definitiva de los bienes del ausente á los que deban sucederle, procediéndose mediante la declaración de presunción de muerte á su adjudicación, por los trámites de los juicios de testamentaría ó abintestato (artículo 193), lo cual permite depurar si existen ó no herederos testamentarios, y siendo, por lo tanto, irrevocable tal adjudicación, á no ser que se presente el ausente, ó sin presentarse se pruebe su existencia.

Pero si suprimió ese estado intermedio con acierto y razón, no creyó prudente, sin embargo, la adjudicación definitiva para evitar abusos y perjuicios, estableciendo, por respeto á los derechos del ausente, ese nuevo plazo de sies meses, durante los cuales no puede surtir tal efecto la sentencia que recayere declarando la presunción de muerte, y como este plazo ha de contarse desde la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales, es consiguiente la necesidad de esta publicación, no prevenida en la ley de Enjuiciamiento civil.

ARTICULO 193

Declarada firme la sentencia de presunción de muerte se abrirá la sucesión en los bienes del ausente, procediéndose á su adjudicación por los trámites de los juicios de testamentaría ó abintestato, según los casos.

ARTÍCULO 194

Si el ausente se presenta ó, sin presentarse, se prueba su existencia, recobrará sus bienes en el estado que tengan, y el precio de los enajenados ó los adquiridos con él, pero no podrá reclamar frutos ni rentas.

En estos dos artículos se establecen los efectos civiles de la presunción de muerte, y desde luego se observa que son completamente distintos de los producidos por la simple declaración de ausencia. En efecto; como ha dicho un comentarista, la persona que en este último caso tiene en su poder los bienes del ausente, es un mero administrador que los posee á nombre ajeno y que está sujeto á rendición de cuentas, como todo administrador, mientras que en el primero, es decir, en el de la presunción de muerte, como se adjudican á las personas llamadas á suceder al muerto presunto, éstas los adquieren en concepto de herederos con todas sus consecuencias, los poseen en nombre propio, y, como poseedores de buena fe, hacen suyos los frutos correspondientes al tiempo transcurrido desde que le fueron adjudicados hasta que el ausente se presente ó se pruebe su existencia.

El primer efecto, pues, de la sentencia declaratoria de la presunción de muerte, una vez transcurrido el plazo exigido en el artículo anterior para ser eficaz, ha de ser el abrir la sucesión del ausente, y así se consigna en el primero de los dos artículos que examinamos. Su precepto no puede ser más lógico y conforme con el principio admitido. La ley presume que ha fallecido el ausente que durante treinta años no da noticia de sí, ó el que alcanzando noventa años y hallándose en ignorado paradero, no da muestra de su existencia, y reputándole difunto, tiene que dar lugar á su sucesión, procediendo á la adjudicación de sus bienes por los trámites de los juicios de testamentaría ó abintestato, según los casos, como si realmente hubiere fallecido. Esto mismo dispone el art. 2047 de la ley de Enjuiciamiento civil, y su inteligencia no puede ofrecer dudas. Por consiguiente, si hubiere testamento cerrado, se procederá también á su apertura.

Sin embargo, como esa presunción de la ley es sólo *juris tantum* y puede desvanecerse, según ya se ha dicho, por la presentación del que se le ha tenido por muerto ó por la prueba de su existencia, esta adquisición de herencia es revocable por su propia naturaleza desde el momento que se demuestre la falsedad de su causa, ó sea la inexacta defunción del ausente. Es decir,

que esa adjudicación hecha á los sucesores del ausente, que constituye el primer efecto de la presunción de muerte, tan sólo puede durar y subsistir mientras no comparezca éste ó se pruebe su existencia, pues en cualquiera de estos dos casos, cesando la causa, ó sea la presunción del fallecimiento del ausente, deben cesar también sus efectos.

Con este motivo discuten los tratadistas si, dictada la sentencia declaratoria de dicha presunción, deberá en todo caso promoverse precisamente el juicio de testamentaría ó abintestato, según que el ausente haya ó no otorgado testamento, ó si por el contrario, debe limitarse dicho procedimiento á aquellos en que la ley lo exija expresamente; pero tanto el texto del referido artículo como el del 2047 de la ley de Enjuiciamiento civil, quitan, á nuestro juicio, todo lugar á duda, imponiendo, preceptivamente y con carácter general la necesidad de proceder judicialmente á la adjudicación de los bienes del ausente por los trámites de uno ú otro juicio, siempre que se declare la presunción de su muerte.

Podrá tal vez argüirse que con esa generalidad del precepto se incurre en contradicción con las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento, que estiman innecesaria la incoación de tales juicios en algunos casos, y que puede violarse la voluntad del testador que hubiere prohibido la prevención del de testamentaría ó la intervención judicial; pero téngase en cuenta que la muerte presunta no constituye un estado completamente definitivo como la real, y por lo tanto, que hay que rodear á aquella, en sus efectos civiles, de mayores garantías que ésta, no sólo en beneficio de los interesados en la sucesión, cuando realmente ocurra al fallecimiento del ausente, sino también para poner á salvo el derecho de reversión ó restitución que al mismo corresponde en el caso de presentarse ó de probarse su existencia. Por estas consideraciones la ley hace obligatoria la incoación del correspondiente juicio, que viene á ser una solemnidad más y una nueva seguridad conferida en este estado para el respeto de legítimos derechos, sin que esto obste para que, después de for-

mados judicialmente los inventarios, se practiquen las demás operaciones divisorias sin la intervención judicial, cuando la hubiere prohibido el testador, y en los demás casos permitidos por la ley.

Dudóse acerca de si la declaración de presunción de muerte debía surtir efecto desde la fecha de la sentencia o seis meses después, con arreglo al art. 192, ó desde el transcurso de los treinta á los noventa años marcados en el 191. El Tribunal Supremo, en sentencias de 8 de Marzo de 1899, 9 de Julio de 1902 y 5 de Diciembre de 1908, sienta la siguiente doctrina:

«Los artículos 657 y 660 del Código establecen, con generalidad absoluta, que los derechos á la sucesión se transmiten desde el momento de la muerte, y que por el solo hecho de ésta, suceden al difunto sus herederos.»

«La declaración de presunción de muerte de una persona desde fecha determinada, contiene jurídica y lógicamente la afirmación de que desde tal fecha debe tenerse por muerto á aquel á quien se refiere, y nacer, á tenor de los dos artículos antes citados, los derechos y las obligaciones correspondientes á su sucesión.»

«Lo expresado en el art. 193 del Código acerca de la apertura de la sucesión, hace sólo referencia al procedimiento que se ha de seguir en el caso especial de que se ocupa, y no significa otra cosa sino que èn la declaración de los derechos deben intervenir como autoridad pública los Tribunales, para su efectividad.»

Las sentencias declaran el derecho, pero no constituyen su origen exclusivo.

«La frase «no se efectuará» de dicho art. 192, no tiene igual sentido que la de «no surtirá efecto», que á propósito de la ausencia, contiene el art. 186, sino que es una medida precautoria adoptada por el legislador, atendiendo á la posibilidad de que, mediante la publicación de la sentencia, reaparezca el reputado por muerte.»

El segundo de los efectos que produce la declaración de pre-

sunción de muerte,. es que el heredero testamentario ó abintestato á quien se adjudiquen los bienes del ausente hace suyos los frutos y rentas de los mismos hasta el día en que éste se presente ó se pruebe su existencia, no viniendo obligado á restituir más que los bienes existentes en el estado en que se hallen, y el precio de los que se hubieren enajenado ó los que se hayan adquirido con el producto de los mismos. Así lo dispone el art. 194, segundo de este comentario.

La razón legal de ello la hemos dado antes de ahora. En efecto; como el administrador nombrado en los dos primeros períodos de la ausencia posee en nombre ajeno, no puede hacer suyos los frutos de los bienes por él administrados; pero una vez declarada la presunción de muerte, las condiciones varían, y entonces, previa la adjudicación por los trámites del juicio universal correspondiente, el que posee los bienes, sea ó no la misma persona que antes los administrara, lo hace en nombre propio, á título de heredero, y como esos bienes adjudicados los recibe de buena fe con el justo título de la declaración judicial, es evidente que la restitución, en cuanto á los frutos, debe regirse por las reglas que el derecho tiene establecidas respecto de los poseedores de buena fe.

Con ocasión del estudio de dicho artículo, varios comentadores del Código proponen diversas cuestiones relacionadas con la devolución que debe hacerse de los bienes del ausente en los casos de haber sido enajenados, permutados, donados, mejorados ó perjudicados; pero todas ellas quedan resueltas con la mera aplicación del mismo en una recta inteligencia de su precepto, por lo que no nos detenemos á su exposición. Según lo que en él se ordena con toda claridad, el ausente en el caso de que se trata, puede recobrar sus bienes, *en el estado en que se hallen*, y por consiguiente, sin abono de mejoras ni de perjuicios, mientras se encuentren en poder de la persona á quien fueron adjudicados, ó de sus herederos; pero no puede recobrar los que á título oneroso, como el de venta ó permuta, hayan pasado legalmente á poder de un tercero: respecto de estos bienes, sólo

podrá reclamar del enajenante el precio en que los haya enajenado ó los adquiridos con él.

En cuanto á los frutos y rentas, concluye el presente artículo declarando que no podrá reclamarlos el ausente en el caso de que se trata; pero esto ha de entenderse subordinado á lo que se dispone en el 198, según el cual, como en todos los casos análogos, es indispensable el requisito de la posesión de buena fe, para que haga suyos los frutos percibidos el que haya entrado en la herencia por la presunción de muerte del ausente. Por consiguiente, éste ó sus causahabientes podrán reclamar los frutos y rentas siempre que prueben la falta de buena fe en el que los hubiere percibido, por constarle la existencia de aquél.

Otra cuestión importante, relacionada con los efectos civiles de la presunción de muerte, suscitan los comentadores en este lugar, á nuestro juicio sin fundamento para ello, por no haberse fijado bien en el carácter de los efectos atribuídos á la ausencia en el presente título: dicha cuestión es sobre si debe ó no entenderse disuelto el matrimonio por la presunción de muerte de cualquiera de los cónyuges.

La base 6.ª de la ley de 11 de Mayo de 1888, al establecer las reglas á que había de ajustarse la Comisión redactora del Código, en cuanto á la materia de la ausencia y presunción de muerte, estableció que en ningún caso ésta llegase á autorizar al cónyuge presente para pasar á segundas nupcias. Algún comentador del Código, al observar que en este título no existe disposición alguna congruente con dicho precepto de la base indicada, cree que no ha sido confirmado éste en el Código, y que, por lo tanto, está vigente la doctrina deducida del art. 90 de la ley de Matrimonio civil, según la que, la presunción de muerte podrá producir la disolución del vínculo matrimonial, si el cónyuge presunto muerto tuviese cien años de edad. Por el contrario, la generalidad de los autores opinan de distinto modo, sosteniendo que el Código no otorga á dicha presunción el efecto de disolver el matrimonio.

Como hemos dicho ya, no creemos exista motivo alguno que

pueda autorizar la más pequeña duda sobre ello. La incertidumbre de la muerte de uno de los esposos no debe jamás ser bastante razón para contraer un nuevo vínculo, y reconociéndolo así el legislador, consignó la terminante prohibición que se lee en la base 6.ª de la ley antes indicada.

Cierto es que en este título del Código no se encuentra precepto alguno que establezca ó reproduzca la disposición de la base citada; pero ya dijimos en la introducción del mismo, que en él sólo se ocupaba el Código de los efectos de la ausencia con relación á los bienes del ausente y á los derechos eventuales del mismo, dejando para los lugares correspondientes las consecuencias jurídicas de la misma, en cuanto á las personas, ó sea en cuanto al matrimonio y á la patria potestad.

En el título 4.º de este libro es, pues, donde debe buscarse la solución de la cuestión propuesta, y en efecto, allí se halla, pues según el art. 52, sólo se disuelve el matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges. Los términos precisos y claros de este artículo no dejan lugar á duda, y con arreglo á ellos no bastará que la ley presuma el fallecimiento, sino que es indispensable el requisito de la muerte comprobada de cualquiera de los esposos.

Dado el precepto del art. 90 de la ley de Matrimonio civil, se comprende que la ausencia prolongada á que el mismo se refiere disolviera el vínculo matrimonial, porque, según él, *se tenía por fallecido* el ausente, y, por lo tanto, tenía que producir dicho estado las consecuencias jurídicas propias de la defunción. Pero nuestro Código no tiene por fallecido al que en dicho caso se encuentre, sino que tan sólo le presume muerto; y como esta presunción admite en lo sucesivo prueba en contrario, no podía dar lugar á una nueva unión matrimonial que, por virtud de la prueba admitida de la existencia del ausente, había de quedar sin efecto, con tanto más motivo, cuanto que ha quedado reducido á treinta años el término para poder solicitar la declaración de presunción de muerte. Podemos, pues, terminar diciendo con un escritor, *que por muchos que sean los efectos que la ausencia y la*

presunción de muerte produzcan, no autorizan jamás al cónyuge presente para contraer nuevo matrimonio.

La Sala 3.ª del Tribunal Supremo en sentencia de 20 de Diciembre de 1904, establece para otros efectos de menos transcendencia, que declarada en virtud de sentencia firme la presunción de muerte de una persona, la mujer del presunto muerto ha de considerarse legalmente como viuda, y como tal con derecho á la pensión del Tesoro que le corresponda.

Los artículos que examinamos concuerdan también, salvas ligeras modificaciones, con el 80 y 94 del Código portugués; 129, 130 y 132 del de Francia; 37 y 39 del de Italia; 84 y 94 del de Chile; 758 y 760 del de Méjico; 122 y 124 del de la República Argentina, y 100, 101 y 110 del de Guatemala.

La tendencia general de que la ausencia no influye más que en el aspecto patrimonial, no personal, de la capacidad jurídica, tiene una excepción en el Código alemán: según sus artículos 1348 á 1352 el cónyuge presente puede, declarada la presunción de muerte del ausente, contraer nuevo matrimonio, y este hecho anula el matrimonio anterior.

CAPITULO V

De los efectos de la ausencia relativamente á los derechos eventuales del ausente.

El presente capítulo es consecuencia de los anteriores, pues la misión que el legislador impone al poder social para el amparo y protección de los intereses y derechos de la persona constituída en el estado de ausencia incierta, resultaría incumplida, si su acción quedara limitada á los bienes y derechos efectivos del ausente, prescindiendo por completo de aquellos cuya realización depende de una condición ó hecho eventual, porque, según han dicho ilustrados escritores, tanto éstos como aquéllos constituyen el patrimonio, por cuya integridad y conservación debe velar la ley.

Opina algún comentador del Código que este capítulo es consecuencia de la presunción de muerte, y que las disposiciones del mismo se refieren á los efectos jurídicos de este estado, respecto de los derechos eventuales del presunto muerto; pero basta leer su epígrafe para comprender que la materia que constituye su objeto afecta á todos los períodos de la ausencia.

El orden seguido por el Código no puede ser más claro ni más lógico. En los cuatro primeros capítulos trata de los derechos efectivos de los ausentes, es decir, de aquellos en cuya posesión estaban al constituirse en ausencia; pero á más de esos derechos, son capaces de otros que pudieran nacer en lo futuro ó cuya realización hubiera de depender de un hecho eventual ocurrido después de entrar en dicho estado; y como la ley no podía despojarles de esos derechos, preciso era fijar las reglas que regulasen su ejercicio y sus efectos, y á este objeto responde el presente capítulo.

El ausente, mientras viva, puede adquirir y transmitir derechos en cualquier tiempo de la ausencia, lo mismo en el estado de mero aseguramiento de sus bienes, que en el de la administración de los mismos por consecuencia de la declaración de ausencia, como en el de muerte presunta, y por lo tanto, las disposiciones de este capítulo tienen que ser y son extensivas á todos esos distintos estados. Todos ellos se refieren á *una persona cuya existencia no está reconocida;* tal es el ausente cuyo paradero se ignora, mientras no conste de un modo indudable si vive ó ha fallecido, y á toda persona que se halle en ese caso se refieren los artículos que vamos á examinar.

ARTÍCULO 195

El que reclame un derecho perteneciente á una persona cuya existencia no estuviere reconocida, deberá probar que existía en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirirlo.

Ya se ha dicho que este artículo se refiere al ausente cuya existencia se ignora, cualquiera que sea el estado ó período en que se halle de los tres expuestos en los capítulos que preceden, y para que no se dude de que así ha de entenderse, se emplean las palabras «una persona cuya existencia no estuviere reconocida».

El derecho perteneciente á esa persona, de que habla también el artículo, ha de haber sido adquirido por la misma durante su ausencia. Que se refiere á este derecho eventual, y no á los que ya tenía adquiridos al tiempo de ausentarse, lo demuestra la obligación que impone al que reclame el derecho de probar que el supuesto adquirente existía ó era vivo en el momento en que era necesaria su existencia para adquirirlo. No basta la presunción de la existencia para dicho efecto: es indispensable probar que el ausente vivía cuando le fué transmitido el derecho sobre que verse la reclamación, porque los muertos no tienen capacidad para adquirir.

Supongamos, por ejemplo, que durante la ausencia de una persona fallece otra, de quien el ausente es heredero por testamento ó abintestato, y que un acreedor de éste trata de cobrar su crédito de los bienes de esa herencia, ó que, abierta la suceción en los del ausente en el caso del art. 193, sus herederos reclaman la participación que á éste corresponde en la herencia de aquél. Como, según el art. 657, «los derechos á la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte», es indispensable probar que en ese momento existía el heredero ausente, pues no pudo adquirir derecho alguno á la herencia si no sobrevivió al testador ó al causante de la misma; y como al que afirma un hecho incumbe la prueba del mismo, de aquí el que tenga la obligación de probar que el ausente vivía en aquel momento el que trate de utilizar el derecho por éste adquirido.

Es, pues, conforme el presente artículo con los principios fundamentales del derecho. Está tomado literalmente del 327 del Proyecto de 1851, y concuerda con el 135 del Código francés, 42 del italiano, 767 del mejicano, 92 del chileno, 78 del de Uruguay y 107 del de Colombia.

ARTÍCULO 196

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, abierta una sucesión á la que estuviere llamado un ausente, acrecerá la parte de éste á sus coherederos, á no haber persona con derecho propio para reclamarla. Los unos y los otros, en su caso, deberán hacer inventario de dichos bienes con intervención del Ministerio fiscal.

Hállase este artículo en íntimo enlace con el anterior, y lo dicho acerca de éste explica el precepto del que ahora examinamos.

En efecto; como entonces expusimos, no constando la vida del ausente, no puede adquirir derechos que se funden en la exis-

tencia de su persona y cuya realización dependa de un hecho incierto ó eventual, que tenga efecto después de haberse constituído en el estado de incertidumbre propio de la ausencia. Por eso no puede serle conferida la herencia que se abriera después de dicho estado y á la que fuere llamado el ausente, ya por institución testamentaria, ya por ministerio de la ley, si no se prueba que existía en el momento de la transmisión. A falta de esta prueba, y sin perjuicio de ella, la parte correspondiente al ausente acrecerá á sus coherederos, si no existiere persona con derecho propio para reclamarla. Por lo tanto, en primer lugar corresponderá dicha participación á estas personas, y sólo á su falta será cuando acrecerá á los coherederos.

Ahora bien: ¿quiénes serán esas personas de que habla el artículo, y á quienes considera con derecho propio para reclamar la parte del ausente?

Un autor entiende que sólo ha podido referirse la ley con dichos términos á los que gozan del derecho de representación, y se funda en las mismas razones dadas por los autores de la *Enciclopedia española de Derecho y Administración* para demostrar que en este caso debe tener lugar el derecho de representación.

Cuando se publicó el proyecto de Código de 1851, en cuyo artículo 328 se concedía la parte del ausente á los que debían ser sus coherederos ó suceder *por su falta*, se suscitó esta misma cuestión, siendo resuelta por su comentador, Sr. García Goyena, en sentido afirmativo y favorable al derecho de representación, opinando que en el caso de existir hijos ó descendientes del ausente heredarían por derecho de representación.

No necesita detenida demostración la justicia de ese llamamiento á los que gozan de tal derecho, pues aparte de que la equidad aconseja en la adquisición de la parte del ausente que sean preferidos los descendientes á los demás coherederos, porque deben merecer mucha más consideración al legislador que ninguna otra persona, en la regulación de los derechos eventuales no domina la presunción de vida, sino la incertidumbre de la existencia del ausente, que para los presentes viene á surtir

los efectos que la muerte, en cuya virtud deben adquirir la participación de éste las personas á quienes la ley concede derecho á sucederle. Esta opinión fué aceptada generalmente, y aun algunos códigos, como el sardo, la sancionaron en sus preceptos; pero no sólo se refieren á éstos los términos indicados del artículo, sino á todos los que pueden con arreglo á la ley ejercitar los derechos del ausente, los cuales, indudablemente, tienen derecho á reclamar la parte de herencia correspondiente al ausente, como los demás derechos eventuales de éste, siempre que prueben la existencia del mismo al tiempo de abrirse la sucesión.

Así, por ejemplo, la mujer representante del cónyuge ausente durante el período de mero aseguramiento, ó que fuere nombrada administradora después de declarada la ausencia, podrá en cualquiera de dichos períodos reclamar la parte correspondiente á éste en toda sucesión abierta en dichos períodos, con sólo probar que existía en el momento en que la sucesión se abrió, ejercitando en su nombre y representación los derechos que á éste correspondían.

De esa opinión son también escritores tan autorizados como los autores de la *Enciclopedia española* antes citada (1), y se halla confirmada además por los términos con que empieza el artículo que examinamos, los cuales demuestran que la disposición del mismo es sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, en que se consignó la regla general que permite ejercitar los derechos eventuales de los ausentes, probando su existencia en el tiempo en que era ésta necesaria para su adquisición.

Lo que hemos dicho de la mujer debe entenderse de los demás representantes y administradores del ausente, porque se encuentran en igualdad de circunstancias, y porque la ley no puede consentir que se prive á éste de los derechos que le corresponden, aunque sean eventuales, siempre que se pruebe su existencia al tiempo de crearse el derecho, y, por lo tanto, la po-

(1) Tomo IV, pág. 652, artículo *Ausente*.

sibilidad de su legítima adquisición, á virtud de que se encuentran tales derechos en el mismo caso que los demás adquiridos por el ausente antes de constituirse en dicho estado. En cuanto á los acreedores del ausente, véase lo que decimos en el comentario del artículo siguiente.

Por lo tanto, si hubiere personas que en nombre y representación del ausente, y en beneficio de éste, pudieren reclamar la parte de herencia á que fuere llamado, estas serán las que tendrán en primer lugar derecho á entrar en posesión de ella, probando que aquél existía al tiempo en que se abrió la sucesión. Si no pudiera probarse su existencia, tendrán derecho á dicha parte los llamados á suceder en sus accions por título de representación, y, á falta de éstos, acrecerá á los coherederos del ausente.

Lo dicho demuestra también cuán escasos de fundamento están los que tachan al Código de no haber imitado el ejemplo del Proyecto de 1851, preocupándose del caso de no existir coherederos, el cual entiende que no ha sido previsto por el artículo que examinamos. Por el contrario, según los propios términos del mismo, si no hubiere coherederos, por ser llamado sólo el ausente á la sucesión, entonces, á falta de personas que en nombre del ausente puedan ejercitar lo derechos correspondientes á éste, probando su existencia en el momento de abrirse dicha sucesión, podrán reclamar la herencia los demás que tuvieren *derecho propio* para ello; es decir, aquellos que hubieran de suceder á falta del ausente, ya por derecho de representación, ya por propio llamamiento. No existe, pues, la omisión que se supone, ni hay que ir á buscar la solución de dicho caso en el proyecto indicado, como algún escritor supone.

Ahora bien; explicado ya el sentido de la primera parte de este artículo, y visto que el derecho de acrecer concedido á los coherederos es puramente subsidiario, para el caso de que no existan personas con derecho propio para reclamar la parte de herencia correspondiente al ausente, ocurre preguntar si en tal caso forzosamente ha de acrecer á los coherederos dicha parte,

por ser absoluta la prohibición de entrar el ausente al goce de la herencia, cuya aceptación ó repudio no consta, ó si, por el contrario, podrán renunciar á ese beneficio, admitiendo al ausente á la partición y adjudicándole su parte.

Esta cuestión ha sido unánimemente resuelta por todos los que de ella se han ocupado, opinando que si bien el artículo dice *entrarán*, usando la forma imperativa, más que una obligación lo que establece es un derecho en beneficio de los presentes, y, por lo tanto, si éstos renuncian ese beneficio, no hay razón legal alguna que impida al ausente disfrutar su parte de herencia, porque no se consigna en este precepto una verdadera incapacidad ni una prohibición absoluta respecto de él. Un autor opina que esta doctrina no ofrece dificultad cuando el ausente comparezca al fin, pero que no puede prevalecer en el caso de que falleciera antes de abrirse la sucesión, en cuyo caso duda que fuera eficaz la renuncia del derecho de acrecer hecha por los coherederos. Pero aunque en este supuesto no pueden regir los mismos principios, porque habiendo fallecido el ausente antes de abrirse la sucesión no pudo adquirir personalmente ningún derecho á ella, no por eso queda sin resolver la dificultad por el artículo, pues en dicho caso entrarían en el goce de la parte correspondiente al mismo aquellas personas *con derecho propio* para reclamarla, es decir, los que por derecho de representación pudieran concurrir á la herencia.

Termina el artículo que examinamos con una disposición digna de todo elogio, por la que se impone á los herederos que acrecen en la parte del ausente, ó á las demás personas que por propio derecho la reclamen, la obligación de hacer inventario, con intervención del Ministerio fiscal, de los bienes que en dicho concepto reciban.

El Código francés, del cual tomó el Proyecto de 1851 la primera disposición de este artículo, no contenía tal prevención; pero una vez aceptado el criterio de reservar al ausente su participación para cuando comparezca ó sean ejercitadas sus acciones por sus representantes ó causahabientes (consignadas en

los artículos 329 y 330 de aquel proyecto, y en los 197 y 198 de este Código), se imponía desde luego la necesidad de formar dicho inventario para deslindar los bienes que han de ser reservados al ausente ó á los que de él traigan causa, á fin de evitar fraudes y ocultaciones; y una vez establecido el principio, justo es que se haya rodeado al inventario de las garantías convenientes, exigiendo la intervención del Ministerio fiscal, á quien en tales casos corresponde la representación y defensa de los ausentes.

Puede, pues, decirse que la adquisición de la parte correspondiente al ausente, hecha por los cohederos y por las demás personas que tuvieren derecho propio para reclamarla para sí, no es absoluta, sino condicional y sujeta á resolución cuando compareciere aquél ó se ejercitaran sus acciones en la forma que previene el art. 198.

Aplica este artículo la Resolución de la Dirección de los Registros de 7 de Febrero de 1902, en la que se establece acertadamente, que si bien cuando se declara la presunción legal de muerte de un ausente, debe abrirse su sucesión conforme á lo dispuesto en el art. 191, esto es y se entiende con relación á los bienes que ya poseyera el propio ausente, pues respecto á la herencia á que el mismo sea llamado hallándose en dicho estado de ausencia, dispone el art. 196 que la parte que le corresponda debe acrecer á sus coherederos, á no haber personas con derecho propio para reclamarla.

ARTÍCULO 197

Lo dispuesto en el artículo anterior se entiende sin perjuicio de las acciones de petición de herencia ú otros derechos que competan al ausente, sus representantes ó causahabientes. Estos derechos no se extinguirán sino por el lapso del tiempo fijado para la prescripción. En la inscripción que se haga en el Registro de los bienes inmuebles que acrezcan á los coherederos se expresará la circunstancia de quedar sujetos á lo que dispone este artículo.

Este artículo es una consecuencia del anterior, y en él se establece una nueva garantía en favor de los derechos del ausente, así como de sus representantes y causahabientes, sin que se amengüe en lo más mínimo el derecho de los presentes.

En efecto; ese dominio condicional y subsidiario, pero dominio al fin, concedido á los coherederos en el artículo anterior, vendría á redundar en menoscabo de los derechos del ausente, de sus acreedores y de las demás personas que tuvieran algún derecho sobre los bienes del mismo, convirtiéndose en una verdadera expoliación, si no quedaran á salvo las acciones de todos ellos para reclamar la parte de herencia en que fuera llamado el ausente vivo al tiempo de abrirse la sucesión, ó si hubieran de ser totalmente extinguidas tales acciones por el derecho de acrecer otorgado á aquéllos.

El Código no podía autorizar tal despojo, y siguiendo en esto á todas las legislaciones modernas, concede tanto al ausente como á las demás personas citadas el derecho de ejercitar las acciones que les competan por todo el tiempo que deben subsistir las mismas, con cuyo precepto viene á completar la doctrina de los efectos jurídicos de la ausencia con relación á los derechos eventuales del ausente.

Hemos hablado del acreedor, y aunque el artículo no lo menciona expresamente, hay que considerarle comprendido en su precepto, porque, de lo contrario, vendría el Código á autorizar la injusticia de que, teniendo el ausente acreedores, vieran éstos desvanecerse sus esperanzas y los medios de realización de sus créditos, porque los coherederos hacían suyo, en virtud del derecho de acrecer concedido en el artículo anterior, la parte de herencia correspondiente al deudor. Y no sólo se incurriría en esta injusticia, sino que, además, resultaría el precepto en contradicción con el art. 1001, que, aun en el caso de repudiación expresa de la herencia, facilita á los acreedores del heredero repudiante el medio de aceptarla en su nombre, y con mucho más motivo debe admitirse esto en el caso del ausente, en que, si bien no consta la voluntad de aceptar la herencia, tampoco puede asegurarse que su propósito sería el renunciarla.

La ley no ha podido olvidar tan legítimos derechos, y en este concepto por causahabientes del ausente deben entenderse todos aquellos que tienen un derecho derivado de la persona que la causa, en cuya definición están comprendidos los legatarios y los acreedores. Esta es también la opinión de García Goyena, Demolombe, Rogrón y otros muchos escritores no menos autorizados.

Contiene también el artículo que examinamos otra disposición digna de elogio, relativa á hacer constar en el Registro de la propiedad la circunstancia de quedar sujetos á devolución, por virtud del ejercicio de las acciones y derechos indicados, los bienes inmuebles que acrezcan á los coherederos del ausente. En el Código francés, que, según se ha dicho, sirvió de base al Proyecto de 1851, no se encuentra dicha disposición. Tampoco se halla en el proyecto citado, ni en el Código portugués, ni otros; pero el precepto es perfectamente justo y conforme con los principios que informan la ley Hipotecaria, pues estando sujeto en este caso á una condición resolutoria el dominio de los coherederos sobre la parte acrecida, necesario es que conste dicha condición en el Registro para evitar fraudes y perjuicios; y debiendo inspirarse el legislador en el fin de asegurar los derechos del ausente y de sus herederos, según la base 6.ª de la ley de 11 de Mayo de 1888, no podía dejar de consignar esta garantía, que á salvo pone el que á dichas personas corresponde, para reclamar en tiempo la parte de herencia acrecida á los coherederos ó para ejercitar las demás acciones procedentes.

Concuerda en lo sustancial este artículo con el 72 del Código portugués, 137 del francés, 44 del italiano, 80 del de Uruguay, 770 del de Méjico y 125 del de la República Argentina.

ARTÍCULO 198

Los que hayan entrado en la herencia harán suyos los frutos percibidos de buena fe mientras no comparezca el ausente, ó sus acciones no sean ejercitadas por sus representantes ó causahabientes.

La razón de este artículo es la misma que hemos expuesto en el comentario del 194, al cual nos remitimos para evitar innecesarias repeticiones.

Con ocasión de este precepto, discuten los comentadores si al devolver la parte de herencia del ausente, los que hubieren entrado en ella por derecho de acrecer ó por otro título podrán éstos reclamar las impensas que hubieren hecho en los bienes que constituyan dicha participación. Esta cuestion fué ya resuelta por los autores de la *Enciclopedia Española* al examinar el artículo 330 del Proyecto de 1851, igual al presente, en el sentido de que, haciendo suyos el poseedor todos los frutos, y no teniendo que rendir cuenta alguna de ellos, natural es que soporte personalmente los gastos que hiciera, pues así como ha sentido las ventajas y el lucro, justo es que no le sea lícito sacar los gravámenes y las reparaciones que hiciera; y sólo en el caso de que éstas fueran cuantiosas y muy considerables, podría hacerse una excepción, á fin de que el ausente no se enriqueciera á costa del poseedor. Ante tan respetable opinión nada tenemos que objetar, con tanto más motivo, cuanto que la encontramos conforme con los principios en que se ha inspirado el Código respecto de este particular. Las cuestiones que sobre ello se promuevan, se resolverán por los arts. 433 al 436 y 451 al 458, que tratan de la *posesión* y de sus efectos.

El artículo dice que los que hayan entrado en la herencia, harán suyos los frutos *percibidos de buena fe*, y estos términos quitan todo lugar á la duda, que algunos comentadores creen puede suscitar su redacción, sobre si tendrán los poseedores ó adquirentes de los bienes indicados el derecho de hacer suyos los frutos hasta el momento de la comparecencia del ausente ó del ejercicio de sus funciones por los que le representen, ó sean sus causahabientes en todo caso, aun cuando antes de hacerse la reclamación en forma les conste la existencia del ausente.

En efecto; la ley habla de frutos *percibidos de buena fe*, y no se encuentran en este caso los que percibieran aquellas personas sabiendo que el ausente vivía, por faltar el requisito de la

buena fe, pues, como ha dicho Ulpiano, en identidad de circunstancias, el poseedor comienza á tener mala fe desde el momento que sabe que no le pertenece la herencia.

La buena fe del poseedor, según un ilustrado escritor, se funda en la creencia, por su parte, de ser dueño legítimo de los bienes que posee, y no puede menos de cesar desde que sabe que dichos bienes son de otro. Por lo tanto, exigiendo el Código el requisito de ser percibidos de buena fe para que los haga suyos el posedor, no puede caber la duda propuesta, pues desde luego se comprende que no podrá adquirir legítimamente todos los frutos que percibiere desde que cesó la buena fe hasta el momento de entablarse la reclamación por el ausente ó por sus representantes y causahabientes. Según el art. 435, la posesión adquirida de buena fe pierde este carácter desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente.

Este artículo concuerda con el 138 del Código francés, 45 del italiano, 771 del mejicano, 81 del de Uruguay y 124 del de la República Argentina.

TÍTULO IX

DE LA TUTELA

No es fácil establecer con base fija una definición exacta de la tutela, según el concepto y extensión que tiene en el Código civil, sin expresar, aun cuando sea ligeramente, las vicisitudes que ha experimentado en la legislación patria la guardaduría de los que por su menor edad ó incapacidad no podían valerse por sí mismos. Y es así, porque el Código objeto de estos comentarios ha reformado de una manera esencial y radicalísima lo antes existente, teniendo en cuenta para ello, además del estudio de legislaciones extranjeras, las apreciables lecciones de la experiencia, que han venido acusando en la práctica de los tribunales las deficiencias de lo que anteriormente regía.

Servio definió en derecho romano la tutela: *vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem se defendere nequit* (1).

Las Partidas no expresaron de una manera concluyente la definición de este organismo jurídico, que sacó el Rey sabio de las leyes romanas para darle vida de derecho en nuestra patria; pero se deduce con claridad, como lógicamente aplicable á la tutela, según el concepto que recibía, de la ley 20 del tít. 23 de la Partida 3.ª, y de varias del tít. 16 de la 6.ª, la misma definición del Digesto.

Como es aceptada por todos los legisladores y todos los Códigos la necesidad de amparo, protección y defensa que tienen los menores é incapacitados, huelgan en una obra práctica las dis-

---

(1) Digesto, libro 26, tít. 1.º, ley 1.ª, *De tutelis.*

quisiciones puramente filosóficas sobre si la institución que atiende á tan laudable fin es de derecho natural, como opina Laurent, aduciendo gran copia de razones, que convencerían de que se realiza por medio de la tutela un deber social, si no lo afirmase de una manera rotunda la historia del derecho civil de todos los pueblos cultos. Es innegable que tales raíces tiene la institución de la tutela, que si los códigos no la estableciesen, el sentimiento la impondría.

Habiendo reformado el Código civil, como queda dicho y se justificará en su lugar oportuno, la legislación española respecto á la guardaduría, suprimiendo la curatela y creando el cargo de protutor, no son aceptables las definiciones que los diversos tratadistas han dado de dicha institución, según en sus tiempos se comprendía.

Aun cuando el Código no ha huído de definir las diferentes instituciones que crea ó reconoce, no ha podido hacerlo siempre, por no incurrir en el defecto de que lo didáctico y técnico ocultase muchas veces su fuerza preceptiva. Por esto, sin duda, no define directamente la tutela, pero la determina con toda claridad por razón de su objeto, al declarar en el art. 199, que «es la guarda de la persona y bienes, ó solamente de los bienes, de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos».

Comprende, pues, la tutela la suma de facultades y deberes atribuídos por la ley á todo ciudadano en su plena capacidad civil para suplir la falta que de ella tienen los menores é incapacitados que no están sujetos á la patria potestad, y atender al cuidado de su persona y bienes, ó á la administración de estos últimos solamente.

Y buscando base á la definición en la asignación del deber social como exigible á un individuo en pro del interés de todos, es preciso aceptar la definición de Laurent, según la cual la tutela «es una carga pública impuesta á una persona capaz de cuidar á otra incapaz y representarla en los actos de la vida social».

Modernamente la institución de la tutela ha sido objeto de graves censuras por parte de algunos sociólogos y juristas (1), que reclaman radicales transformaciones en su organización. El legislador, dicen, se ha preocupado hasta hoy exclusivamente de la administración de los bienes del menor, olvidando por completo los cuidados de su educación, harto más transcendentales. En su consecuencia, la tutela es un lujo de las familias de posición, en vez de ser un medio de proteger al pueblo contra los estragos de la desmoralización y de la criminalidad precoz. Además, se abandona la función tutelar á organismos familiares, no siempre todo lo solícitos que fuera de desear en la defensa de los intereses morales y aun materiales del pupilo, careciendo el Estado de medios y procedimientos para asumir, cuando sea preciso, la educación protectora de los menores.

Qué razón pueden tener estas quejas, y en qué medida han sido atendidas por los códigos novísimos, como el alemán y el suizo, lo iremos viendo con ocasión de comentar los artículos del nuestro que siguen.

---

(1) Véase, entre otras, la obra de Cavagnari: *Nuovo orizzonti del diritto civile*. Milán, 1891.

CAPITULO PRIMERO.

Disposiciones generales.

ARTÍCULO 199

El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes, ó solamente de los bienes, de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos.

Son precedentes de este artículo: el Fuero Juzgo, el Viejo de Castilla, el Real y las leyes de Partida; elementos históricos cuyo examen es pertinente en este lugar, pues de la lacónica redacción del texto resulta modificada la legislación anterior.

Según el Fuero Juzgo, habían de ser llamados huérfanos los hijos que antes de los quince años de su edad quedasen sin padre ó sin madre, confiriendo á ésta la guarda á falta de aquél hasta que contrajese segundas nupcias, en cuyo caso acudiría al cuidado de sus hermanos el mayor de ellos si tuviese más de treinta años, pagando de lo suyo el menoscabo que sufriesen los menores en su caudal (1).

Tan obvia y sencillamente como el Fuero Juzgo, atendió el Fuero Viejo de Castilla al amparo de los menores, reasumiendo en un solo cargo la obligación de atender al cuidado de la persona del menor y al de su hacienda. Aunque embrionaria, la legislación garantizó para los sujetos á la guarda de otro la conservación de sus bienes, pues si bien permitió el Fuero Viejo de Castilla su arriendo á los parientes más próximos del menor

---

(1) Leyes del tít. 3.°, lib. 4.° del Fuero Juzgo.

y estableció en beneficio de ellos un derecho de retracto en caso de concurrencia de un extraño, determinó la intervención del alcalde, responsable del menoscabo, á cuya autoridad se encomendó el empleo del caudal para que *tomase buen recabdo, porque cuando los niños fuesen de tiempo hubiesen lo suyo en salvo* (1).

Según este cuerpo de leyes, era lícita la enajenación de bienes de los sujetos á guarda para el pago de subsidio ó de deudas de padre ó madre; pero debiendo aquélla realizarse siempre bajo la responsabilidad del alcalde; de donde se deduce que las solemnidades que han venido garantizando y garantizan hoy para los menores, en caso de venta ó gravamen, el mejor empleo de su caudal, tienen en nuestra patria un abolengo ilustre.

Siguiendo cuidadosa y escrupulosamente las Partidas el precedente romano, establecieron para la protección de los menores é incapacitados dos instituciones diferentes: la tutela y la curatela.

Tan noble y elevada misión pareció á Alfonso X la de defender á los huérfanos, que estableció que el Rey hubiese de entender en las alzadas que hiciesen en sus pleitos, pues *si era tenudo de guardar todos los de su tierra, señaladamente lo debia facer á ellos por ser como desamparados, é más sin consejo que los otros* (2).

El varón menor de catorce años y la hembra menor de doce necesitaban de tutela, y desde dichas edades hasta la mayoría, de curatela, la cual también amparaba á los mayores *seyendo locos ó desmemoriados*, impidiendo las consecuencias de la disipación del pródigo (3), y acudiendo, según opinión de algunos tratadistas, á precaver también los resultados de aquellas enfermedades perpetuas, que influyendo sobre la inteligencia, impedían al paciente la gestión de sus negocios.

Las leyes de Partida han venido hasta la vigencia del presente Código aplicándose, merced á los preceptos de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855 y de la que hoy rige de 1881, los

(1) Fuero Viejo de Castilla, tít. 4.º, libro 5.º
(2) Ley 20, tít. 23, Partida 3.ª
(3) Ley 5.ª, tít. 11, Partida 5.ª

cuales serán oportunamente citados como explicación del alcance y transcendencia de la reforma que ya indicaban los proyectos concebidos para llevar á cabo la codificación civil (1), muy principalmente el de 1882.

Tiene por objeto la tutela, según el artículo que estamos comentando, la conservación y defensa (que es lo que significa *guarda,* en buen castellano) de la persona y bienes, ó solamente de los bienes de los que, *no estando bajo la patria potestad*, son incapaces de *gobernarse* por sí mismos; es decir, guiarse ó dirigirse en el ejercicio de sus derechos civiles.

Acudiendo al Diccionario de la Academia, norma del lenguaje castellano, y hasta á la más sencilla noción vulgar, no cabe censura contra la redacción del texto legal, cuya ampliación y complemento está en el artículo que sigue.

Algún comentarista, tomando el verbo gobernarse en su acepción material, y olvidando que en el precepto legal está colocado para significar la disminución ó pérdida de la capacidad civil, argumenta sutilmente que los ciegos, los paralíticos y los ancianos son incapaces de gobernarse por sí mismos, y deduce que la tutela ha debido ampararles.

Indican tales defectos menoscabo de las fuerzas físicas ó impedimentos puramente corporales; y si á éstos acompañan los morales hasta el punto de que la inteligencia se turbe, el ciego, el paralítico y el anciano no podrán, como queda antes indicado, guiarse, regirse ni dirigirse en la realización de sus derechos civiles, y en tal caso se les dará tutor conforme á la letra y espíritu del art. 199, y al núm. 2.° del 200. Pero si se hallan en el pleno goce de sus facultades intelectuales, ¿qué razón habría para privarles de sus derechos civiles (2)?

---

(1) Art. 171 del Proyecto de Código de 1851 y 165 del de 1882.

(2) Modernamente, sin embargo, hay cierta tendencia á equiparar las enfermedades corporales á las mentales, para los efectos de la guarda legal. El art. 1910 del Código alemán prescribe que «al mayor de edad que no esté sujeto á tutela podrá dársele un curador para su persona y bienes cuando á consecuencia de enfermedades corporales, especialmente si es sordo, ciego ó mudo, sea incapaz de cuidar de sus negocios.»

El tutor no sólo ha de amparar la persona de aquel cuya guarda se le encomienda, sino que ha de defender y conservar su hacienda. Respecto á la persona, el art. 264 expresa después taxativamente los deberes del guardador, además de indicar el concepto en que se le entregarán los bienes.

En un solo caso el tutor no tiene á su cargo la persona incapaz; cuando se trata del pródigo, como dice el art. 224, cuyo texto explica la limitación, que ya apunta el 199, al decir: *ó solamente de los bienes.*

ARTÍCULO 200

Están sujetos á tutela:

1.° Los menores de edad no emancipados legalmente.

2.° Los locos ó dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, y los sordomudos que no sepan leer y escribir.

3.° Los que por sentencia firme hubiesen sido declarados pródigos.

4.° Los que estuviesen sufriendo la pena de interdicción civil.

Como ya se dijo en el art. 32, la menor edad, la demencia ó imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil, son restricciones de la personalidad jurídica. En aquel texto se expresaba la limitación del ejercicio de dicha incapacidad; en el presente se acude al remedio de la situación en que los relacionados resultan por declaración del legislador, y se cumple el deber social de darles protección por medio del tutor, el cual ha de representar al menor ó incapacitado en todos los actos civiles, salvo aquellos que la ley les permita ejecutar por sí solos, como se previene en el art. 262. Seguiremos el orden establecido en el 200, que estamos comentando.

1.° *Menores de edad.*—Menciona en primer lugar el texto á los menores de edad no emancipados legalmente, y para la tutela de éstos en sus diversos casos establece las reglas que se

contienen en los sucesivos capítulos de este libro y título. Entre los no emancipados se hallan también los que están bajo la patria potestad: pero á éstos no se refiere el presente artículo, porque según el 199 están excluídos de la tutela, por el principio del derecho romano, seguido siempre en el nuestro, de que *patrem habenti, tutor non datur*, ampliado ahora á la madre.

Los menores de edad ya emancipados legalmente en los casos previstos en los arts. 50, regla 3.ª, 59 y 317 de este Código, han de necesitar también tutor, á falta de padre y de madre, pudiendo aplicarse en tal caso la doctrina expuesta al comentar el art. 59, en el tomo 1.º

Como precedentes de la tutela de los menores, conviene no olvidar las disposiciones del derecho histórico patrio que se dieron sobre guardaduría, tutela y curatela; pero el Código ha simplificado de una manera notable la forma y modo de acudir con esperanzas de éxito y garantías de acierto al deber social de protección, fundamento de lo establecido en este título.

Hasta los veinte años durará, según el Fuero Juzgo, la guarda de los menores; hasta los veinticinco intervenían en sus actos los curadores, según las leyes de Partida; hasta los veinte ó veintiún años no había de cesar la tutela, según los Proyectos de Código de 1851 y 1882. La legislación actual ha tomado un justo medio, determinando, según el artículo objeto del comentario, en relación con el 320, que el tutor intervenga hasta cumplir su pupilo la edad de veintitrés años, que es la fijada en el Código civil para que empiece la mayor edad.

La legislación foral acogió también la tutela con la preferente atención que merece una institución protectora de los menores é incapacitados.

Las Constituciones en Cataluña, el Fuero de Aragón, el de Navarra y el de Vizcaya, se ocuparon de la manera de acudir á la necesidad de protección á los huérfanos.

En Cataluña, aceptada la legislación romana, existían la tutela y la curatela, teniendo el tutor testamentario tales facultades cuando era designado por el padre, que solamente mediante

la prestación de juramento, podía apoderarse de la herencia y hacer inventario (1). Después de la tutela se daba para los menores la curatela, protectora también de los furiosos, dementes y sordomudos (2).

En Aragón existía la tutela para los menores de catorce años no casados, y la curaduría para los furiosos é insensatos y para los ausentes. Sin embargo, aunque los mayores de catorce podían suplir el defecto de su capacidad con la intervención del Juez en los actos que realizaran, nada impedía fuera su tutela prorrogada hasta la mayoría plena de los veinte años. Se conocían la tutela testamentaria y la dativa, mas no la legítima, pues los fueros y observancias no imponen al Juez más limitación que la de elegir para el cargo de tutor á persona idónea de la parte de donde procedan los bienes. Se daba tutor al huérfano de un solo padre, y dos tutores, uno por cada parte, al huérfano de padre y madre. Por costumbre del Reino no se daba curador al pródigo, á no ser á la vez loco ó insensato.

En Navarra se aceptó la tutela y la curatela, sucediéndose la una á la otra, y dándose la segunda para los incapacitados, como sucedía en Vizcaya.

De esta breve reseña de las legislaciones regionales y de la general de España, resulta que el Código, en la sencilla y clara expresión del texto del art. 200, en relación con el anterior, respecto á los menores de edad, ha realizado una reforma radicalísima; pero en cuanto á los incapacitados, sólo ha variado el nombre de la institución que les amparaba, acudiendo á la conservación de sus bienes.

2.º *Dementes y sordomudos*.—Tiene precedentes históricos valiosos, como acabamos de indicar, la tutela de los locos ó dementes, que en castellano vienen á ser lo mismo, si bien en teoría científica la locura y la demencia, según escrupulosísimos y laboriosos tratados frenopáticos, se estudian con separación y tie-

---

(1) Constitución 1.ª, tít. 4.º, libro 5.º
(2) *Inst.*, párrafo 1.º, ley 7.ª, *De curatela*.

nen caracteres diversos, siendo la locura el término genérico que comprende todas las enfermedades mentales. Pues bien: dentro del espíritu del precepto legal, el demente ó el loco, llámese alienado, monomaniaco, idiota ó imbécil, en cuanto la perturbación de su inteligencia le impida la buena gestión de sus negocios, ha de tener tutor que atienda al cuidado de su persona, restablecimiento de su salud y conservación de su hacienda.

El concepto de la tutela, para la recta aplicación de este artículo, nace de la relación del mismo con el 32, el 199, con muchos de la sección segunda del cap. 3.º de este título, y con el 264.

Ya dijo el art. 32 que son restricciones de la capacidad jurídica la demencia ó imbecilidad, y preceptuó el 199 que ampara la tutela á los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos.

Las leyes de Partida enumeraron minuciosamente las alteraciones mentales que restringían la personalidad. Hablaron del *loco furioso*, *desmemoriado*, *salido de memoria*, *sin memoria*, *sin seso*, *fuera de seso*, *que se levanta durmiendo é toma armas para ferir*, etcétera, etc. Todos los relatados, menos el último, ó sea el sonámbulo, no podían ganar tenencia y posesión de las cosas, heredar, casarse, ser testigos, obligarse, testar ni ser acusados (1).

Es innegable que ninguno de ellos, en concepto del legislador, podía realizar con conocimiento debido sus respectivos derechos, y este criterio ha sido como fundamental en el Código, haciendo innecesario que el precepto legal descienda á mencionar una por una todas las aberraciones del entendimiento humano.

Para el Código civil, como decía el célebre Anguesseau, el hombre cuerdo es aquel que *puede conducirse* en su vida de un modo común y ordinario, y es insensato aquel que ni siquiera puede cumplir con los deberes generales.

---

(1) Leyes 6.ª, 7.ª y 11, tít. 2.º, Partida 2.ª; 8.ª, tít. 16, y 3.ª, tít. 30, Partida 3.ª; 13, tít. 1.º, Partida 6.ª; 9.ª, tít. 1.º, y 13, tít. 33, Partida 7.ª

Resulta que este artículo y el anterior son complemento el uno del otro, y que no es viable su censura, desde el punto de vista de las divagaciones de la ciencia frenopática, que aun no ha dado conclusiones concretas ni términos definidos.

La tutela sigue al loco durante toda su enfermedad mental, aun cuando ésta no anuble su razón permanentemente. Puede admitirse en principio que en tan terrible dolencia haya momentos de tregua en que la luz de la inteligencia desvanezca las tinieblas en que estaba envuelta, y pueda aplicarse con eficacia y éxito al estudio de un negocio determinado, á la necesidad y conveniencia de otorgar cierto contrato ó al cuidado de un detalle de administración; pero es tan difícil apreciar primero y justificar después en el loco un intervalo de lucidez, que puede durar lo que el fulgor de un relámpago, que el legislador, temiendo consecuencias fatalísimas y preveyendo fraudes posibles, prescribe que están sujetos á tutela los locos ó dementes, *aunque tengan intervalos lúcidos.*

Médicamente no cabe intervalo de lucidez en el idiotismo ni en la imbecilidad; pero admitiéndose como posible en la demencia, dedúcese lógicamente la dificultad de determinar *a posteriori*, si en cierto momento existió lucidez en un loco para dar por válido y eficaz lo que entonces hizo. Por eso el Código da tutela á los locos, aun cuando su enfermedad permita intermitencias; pero acreditada facultativamente en el mismo momento de la lucidez su indudable existencia, permite al demente hacer testamento (art. 665).

El sordomudo sin instrucción está equiparado científicamente al loco. «Podría decirse, escribe March, que la imbecilidad es la noche de la inteligencia, y la sordomudez su sueño. «Educado el sordomudo, despiertan sus facultades, tanto las relativas á la voluntad como al entendimiento, y entonces tiene conocimiento de sus actos como los demás hombres» (1).

La lectura y la escritura colocan al sordomudo en la posibi-

---

(1) Mata, *Médicina legal.*

lidad de ponerse en relación con el mundo exterior, comunicar sus impresiones y conocer las ajenas; moverse, en fin, libremente en sociedad, poder apreciar la significación y transcendencia de sus actos y hasta prever sus naturales y legítimas consecuencias. Cuando lea y escriba no necesita tutor, á no ser que sea menor ó se halle incapacitado, en cuyo caso lo necesitará por este otro concepto.

Concuerdan en este punto la mayoría de los Códigos. El de Alemania, aunque no se refiere expresamente á la sordomudez, dice en general que puede conferirse la curatela á los que teniendo enfermedades corporales, como la sordera ó la mudez, no puedan cuidar de sus asuntos. En el Código francés no hay disposición ninguna aplicable; los autores consideran, sin embargo, que es posible la interdicción del sordomudo, cuando la enfermedad y la falta de educación hubiesen producido una atrofia en su inteligencia.

3.º *Pródigos*.—El «desgastador de sus bienes», como llama al pródigo la ley de Partida, ha de ser, en interés de su familia, contenido en la prosecución de un vicio que había de privarla de toda clase de medios económicos. El Estado, en este caso, toma á su cargo el deber social de atender á la defensa de un patrimonio particular que se halla en peligro de desaparecer; pero para ello han de intervenir los Tribunales, dictando, después del oportuno juicio, conforme á lo prevenido en los arts. 221 y siguientes, el fallo declaratorio de dicha prodigalidad, lo cual constituye una garantía necesaria antes de privar á una persona *sui juris* de la administración de lo suyo.

El desgastador ó malbaratador ha sido objeto de las precauciones del legislador en todos los países. El Código francés no admite la interdicción absoluta del pródigo; determina solamente el que pueda prohibírsele litigar, transigir, vender, tomar á préstamo, etc., etc., sin que le asista un consultor nombrado por el Tribunal. En Italia, los pródigos declarados tales necesitan de un curador, nombrado por el consejo de familia ó de tutela, para la administración de sus bienes. En Portugal se re-

conoce la existencia de los pródigos, y se determina que una sentencia fije las facultades que se les han de conceder. En Alemania se da curador á los pródigos. En Suiza se provee de tutor á los mayores de edad que, por sus prodigalidades, su embriaguez, su desarreglada conducta ó su mala gestión, se exponga á sí propio ó exponga á su familia á caer en la miseria.

Los Códigos de las repúblicas sudamericanas, á excepción del de la Argentina (1), reconocen asimismo la incapacidad de los pródigos para la administración de sus bienes, y esta misma incapacidad se determinaba en el art. 279 del Proyecto de Código de 1851 y en el 179 del Proyecto de 1882.

4.° *Interdicción civil.*—Las penas de cadena perpetua ó temporal, que llevan consigo la de interdicción civil, privan al penado de disponer de sus bienes, además de los derechos de patria potestad y del poder marital. Para que surta efectos la declaración de tal incapacidad, determina el art. 4.° de la ley de 27 de Junio de 1870 que se practique en los libros del Registro de la propiedad la inscripción oportuna, y manda el art. 995 de la ley de Enjuiciamiento criminal, que en el trámite de ejecución de sentencia se dirijan mandamientos á los Registros de la propiedad donde tenga bienes el penado, para que se inscriba la prohibición de disponer de ellos. Ocasiónase, pues, una restricción de la personalidad jurídica, y, por lo tanto, el que la sufre y está privado de la facultad de disponer de sus bienes y admi-

---

(1) El Dr. Vélez Sarsfield, redactor del Código argentino, expone en una nota al art. 54 las razones por las cuales no se colocó á los pródigos entre los incapaces. Estos motivos fueron: «1.°, que la prodigalidad no altera las facultades intelectuales; 2.°, que la libertad individual no debe ser restringida sino en los casos de interés público inmediato y evidente; 3.°, que en la diferente manera de hacer gastos inútiles que concluyan una fortuna, no hay medio para distinguir con certeza al pródigo del que no lo es en el estado de nuestras costumbres, y todo sería arbitrario en los jueces, poniendo interdicción á algunos mientras quedaban innumerables disipadores, y 4.°, que debe cesar la tutela de los Poderes públicos sobre las acciones de los particulares, y ya que no es posible poner un máximum á cada hombre en sus gastos, el que se llamase pródigo habría sólo usado ó abusado de su propiedad sin quebrantar ley alguna».

nistrarlos, necesita un representante legal, que lo es el tutor, como antes lo era el curador.

Claro es que el Código civil alude á la interdicción civil mencionada, y no á la que sólo priva del derecho de ejercer la tutela y formar parte del consejo de familia á los que, como ascendientes, tutores, curadores, maestros, ó con abuso de autoridad ó encargo, cooperaren como cómplices á la perpetración de los delitos contra la honestidad, que castigan los capítulos 2.° al 5.° del título 9.° del libro segundo del Código penal. Inhábiles para los efectos mencionados, según el precepto del art. 466 de dicho Código, aceptado por el art. 237 del que es objeto del comentario, pueden, sin embargo, manejar su caudal, y por lo tanto, no les comprende la tutela.

Siendo la principal innovación del Código en esta materia la de refundir en una sola institución los dos antiguos suplementos de capacidad, tutela y curatela, interesa hacer algunas observaciones á modo de crítica. Aunque muy bien acogida la reforma en un principio, por la simplificación que llevaba á nuestro derecho, hoy se va reconociendo, como dice Valverde, que ni la unificación puede ser conveniente en muchos casos, ni el Código la ha conseguido del modo absoluto que se proponía. «Hay que reconocer, sigue diciendo dicho escritor, la diferente posición que tiene ante el derecho un menor de edad, y la de un incapacitado por interdicción ó por prodigalidad, pues mientras en el primer caso la tutela extiende su acción principalmente á la persona del pupilo, en el segundo se refiere casi exclusivamente á la protección de intereses patrimoniales del incapacitado y de su familia; por tanto organizar para ambas situaciones un sistema tutelar idéntico, con las complicaciones que trae la intervención del tutor, protutor y consejo de familia, constituye una equivocación fundamental del legislador y un desconocimiento absoluto de la realidad. Más aún, el Código no ha logrado esa unidad ó unificación en la guarda de los menores é incapacitados, porque bajo distintos nombres, y aun con el mismo de tutores, reglamentan casos de suplemento de capacidad (lo prueban los arts. 70, 73,

29, 165, 317, 324, entre otros, y el 1794, que con una ligereza incomprensible habla de curador) de ciertas personas, que no son las únicas que el Código declara sometidas á tutela en el artículo 200 (1).

Los Códigos recientes tienden á conservar la curaduría con más ó menos extensión. El de Alemania la aplica á los enfermos ó incapacitados que no tengan tutor, á los ausentes, al póstumo y á las personas inciertas. El de Suiza da tutor á los enfermos é interdictados, reservando la curaduría para los casos de incapacidad accidental, representación y gestión de bienes.

ARTÍCULO 201

La tutela se ejercerá por un solo tutor bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia.

Aspira el Código á que la guarda del menor é incapacitado se realice en condiciones de ser eficaz, de proceder con rapidez y de ser vigilada constantemente. Para ello ha proclamado la unidad de la tutela. Ya preveía el Rey Sabio (2) la posibilidad de que se levantase desacuerdo y desavenencia entre ellos, cuando fuesen varios los guardadores de un huérfano, y que se dificultase en muchas ocasiones el que se reuniesen para deliberar sobre la forma de acudir á las necesidades del menor ó incapacitado, ó para acordar un detalle importante de la administración de los bienes los que estaban encargados de esa misión.

Lo que temía la ley de Partida sucede frecuentemente en casos análogos; pues cuando se comisiona una cosa á varios, descansan y confían los unos en los otros, y á la postre nadie la hace. Vulgarísima parece la razón, pero la práctica de todos los días la hace notoria.

La ley de Partida, para salvar las consecuencias del des-

(1) Valverde: *Tratado de Derecho civil español*, tomo IV; Derecho de familia (Valladolid, 1913); págs. 551 y siguiente.
(2) Ley 11, tít. 16, Partida 6.ª

acuerdo de varios guardadores, ó quizá de su inacción, permitió que uno de ellos, si voluntariamente se prestaba, y ninguno de los demás le disputaba el cargo, lo desempeñase por sí solo. En caso de aspirar varios á desempeñarlo, dijo el texto legal: «el juez *debe escoger aquel que entendiere que lo fará mejor é que será más provechoso á los mozos*». He aquí un precedente que justifica la tutela unipersonal: con ella se evitan los desacuerdos y cuestiones á que se refiere dicha ley, y habrá unidad y más sencillez en la administración. Toda la responsabilidad recaerá sobre el tutor único, el cual responderá de la gestión de las personas de quienes tenga que valerse para administrar los bienes de que no pueda cuidar por sí mismo.

El principio de la unidad de la tutela se proclama hoy en varios Códigos extranjeros, entre ellos el austriaco, ruso, holandés é inglés y el de Guatemala, preceptuando el de Portugal en su artículo 187 lo mismo que el nuestro, salvo el reconocer la curaduría, además de la tutela, protutela y consejo de familia.

El de Alemania manifiesta también su preferencia por el tutor único, al decir en su art. 1775 qne si no existiesen razones particulares para nombrar varios, nombrará el tribunal de tutelas un solo tutor al pupilo.

Concuerda el artículo en un todo con el del Proyecto de 1882, y es en realidad el que introduce en las formas de llevarse á cabo la protección á los menores é incapacitados, más esenciales reformas Queda indicada en primer lugar la unidad de la tutela, y el orden de exposición del texto obliga á tratar de la inspección, que sobre la misma se establece, de una manera constante, mediante la creación del cargo de protutor.

Llámase éste en el Código francés *subrrogué tuteur*, y nombrado por el consejo de familia, tiene por misión la de vigilar é inspeccionar al tutor, defendiendo siempre cuando estén en contradicción con los del último los intereses del pupilo, y gestionando la inmediata sustitución del tutor cuando éste falte.

En derecho procesal, completamente modificado en esta parte, el protutor viene á llenar las funciones del curador *ad litem*

y del juez que, asesorado antes por el Ministerio fiscal ejercía sobre el tutor una vigilancia más ó menos eficaz.

Del Código francés han tomado varios de Europa y algunos de América la protutela y el consejo de familia, institución esta última recibida con varia opinión por los comentaristas, y especialmente por aquellos en quienes cualquier innovación produce temor y alarma. El apreciar las ventajas que pueda reportar en España no es de este lugar, sino del comentario inicial del título 10, dedicado íntegramente á dicha institución novísima en el derecho patrio.

Pero sí debemos hacer notar aquí lo que esta evolución de nuestro derecho representa ante la legislación comparada.

Los sistemas tutelares en el derecho moderno—dice un autor novísimo—se pueden clasificar en torno á tres grupos principales. En el primero pueden colocarse aquellas legislaciones que conciben la tutela como una magistratura parental, en la que tiene larga parte el Consejo de familia, compuesto de parientes del menor; en el segundo aquellas que la conciben como institución pública, circundada de múltiples garantías, ejercida por cuerpos judiciales ó administrativos en los que la autoridad tiene la parte preponderante; en el tercero, aquellas otras que contemporizando el elemento familiar con el estatal, sin despreciar el parentesco, dan á su lado ingerencia á la autoridad pública.

En el primer grupo de la tutela de familia pueden comprenderse la mayor parte de los países de derecho latino, como Italia, Francia, España, Portugal, Bélgica, Rumanía, algunos cantones suizos, como Ginebra, antes de la unificación legislativa; ciertos países de la América Central, al modo de Guatemala, Honduras, Salvador, y algunos otros de la América Meridional, como, por ejemplo, Perú y Venezuela.

En el segundo grupo de la tutela de la autoridad, se pueden comprender: Inglaterra, Alemania, Rusia, Finlandia, Austria, Holanda, Servia, Montenegro, países escandinavos, Suiza, casi todos los estados de la América del Norte, cuyas legisla-

ciones son inspiradas en el derecho inglés ó tedesco, y algunos países de la América Meridional, como el Brasil y Bolivia.

En el tercer grupo de la tutela mixta pueden colocarse Hungría, algunos países de la confederación americana del Norte, como la Luisiana, Méjico, algunos de la América Central, cual las repúblicas de Nicaragua y Costa Rica, y algunos de la Meridional, como Chile, Argentina, Paraguay y Uruguay (1).

Al adoptar, sin embargo, nuestro Código el tipo francés de la tutela de familia no ha prescindido por completo de la autoridad judicial, cuya intervención en el organismo tutelar subsiste todavía, aunque se ejercite, como dice Sánchez Román, de un modo incidental, accesorio y subsidiario.

ARTÍCULO 202

Los cargos de tutor y protutor no son renunciables sino en virtud de causa legítima debidamente justificada.

La función social, que como necesaria se confiere al tutor y al protutor, y que envuelve una delegación de facultades para que la protección se realice, y una suma de deberes para garantía del exacto, acabado y fiel cumplimiento del cargo, no es rechazable por causas de poca entidad. Por ese deber del Estado de amparar al desvalido, se ha considerado siempre la tutela como una carga pública, *munus publicum* del derecho romano, y este mismo carácter le atribuyen los códigos modernos y el presente artículo, haciéndola forzosa é ineludible al declarar que no es renunciable sino en virtud de causa legítima debidamente justificada, sin otra excepción que la establecida en el artículo 245.

No han de bastar, pues, sutiles pretextos y pueriles disculpas para librarse del cumplimiento de un deber social tan im-

(1) Carinci: *Le Istituzioni Pupillari nella Storia del Diritto e nella Legislazione civile comparata.* Tomo I (Chiavari, 1914); págs 31 32

portante, y por ello, sin ampliación ninguna, solamente serán eficaces las excusas que taxativamente marca el art. 244, porque causa legítima significa causa admitida por la ley, y dado el absoluto precepto derogatorio que se contiene en el art. 1976 de este Código, no quedan en pie otros motivos de exención que los que el mismo enumera. Esos motivos servirán para excusarse antes de aceptar el cargo, y para renunciarlo si concurren después de aceptado. La renuncia se hará y justificará ante el consejo de familia en los plazos y en la forma que se determinan en los arts. 247 y siguientes, cuyos comentarios y el de los demás artículos antes citados podrán consultarse como complemento del presente.

ARTÍCULO 203

Los Jueces municipales del lugar en que residan las personas sujetas á tutela proveerán al cuidado de éstas y de sus bienes muebles hasta el nombramiento de tutor, cuando por la ley no hubiese otras encargadas de esta obligación.

Si no lo hicieren, serán responsables de los daños que por esta causa sobrevengan á los menores ó incapacitados.

Grave cuidado y responsabilidad atribuye el Código en este precepto á los jueces municipales, pero lógico es que las autoridades, á quienes en primer lugar consta, por razón de su cargo, las consecuencias del fallecimiento de un vecino, atiendan á salvar el conflicto que resultar pueda.

Ocurrida una defunción, con el objeto de formalizar la inscripción correspondiente y dar la licencia de enterramiento, recibe el juez municipal datos valiosos para realizar con eficaz rapidez sus funciones protectoras. Sabe enseguida si el difunto ha testado ó no, cuántos hijos deja, si estaba casado en primeras ó posteriores nupcias, si la descendencia procede de un solo matrimonio ó de varios; reune, en fin, cuantos datos le son indispensables para determinar, en primer lugar, la procedencia de

su intervención, y acordar, en segundo, con conocimiento de causa, cuanto necesita para llevarla á efecto en condiciones de éxito. Han de proveer al cuidado del huérfano y al de sus bienes muebles, constituyendo inmediatamente el consejo de familia, que con el tutor y protutor que este mismo designa, forman un solo organismo realizador de las funciones protectoras, antes atribuídas á diversas personas, que habían de cumplirlas mediante procedimientos tardíos y de dudosa eficacia.

A los jueces municipales toca agrupar los cimientos de la institución indicada, que ha de cuidar la persona del menor y atender á la custodia y administración de sus bienes; pero como de descuidar el cumplimiento de un deber tan importante pudieran resultar daños de transcendencia, el Código les hace en este artículo responsables de los mismos. Claro es que, en misión tan noble y delicada, han de auxiliar á la autoridad judicial las personas allegadas del interesado, determinadas en el art. 293, participándole el hecho que da lugar á la tutela, para que constituya el consejo de familia; hecho lo cual, cesan sus atribuciones y se acaban sus responsabilidades.

La lógica atribuía, en efecto, la iniciativa en estos casos á los parientes del necesitado de protección y amparo, y de acuerdo con ella, la ley de Partida les obligaba á gestionar que se le proveyese de guardador, imponiéndoles por negligencia ó descuido en el cumplimiento de deber tan importante la pérdida del derecho de heredar al huérfano si falleciese abintestato (1). Pero después de participar los parientes del huérfano á la autoridad judicial el hecho de que se deriva la necesidad de atender al amparo de aquél, el juez ha de proceder con rapidez y eficacia, ordenando el depósito de los bienes muebles de valor, alhajas y metálico, si no encontrase otro medio de conseguir su custodia, atendiendo al almacenaje ó entroje de los frutos que estuviesen en eras abandonados á las inclemencias del tiempo, poniendo, en resumen, á salvo toda la parte de hacienda de fácil desapari-

(1) Ley 12, tít. 16, Partida 6.ª

ción ó menoscabo. En estos procedimientos se sujetará á lo prevenido en los arts. 959 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil.

Estas disposiciones tienen sus precedentes en los arts. 174 y 169 de los Proyectos de Código de 1851 y 1882; y como obviamente se deduce, amparan, no sólo al menor, sino al incapacitado, de forma que llegando á conocimiento del juez municipal que ha perdido la razón un individuo residente dentro de su demarcación jurisdiccional, debe en seguida adoptar las precauciones antedichas, so pena de responder de daños y perjuicios, conforme á la letra de este artículo y del 232.

Dicha responsabilidad se extingue para el juez, cuando el tutor es nombrado, y no pasa más allá, aun cuando el designado para dicho cargo no pueda tomar posesión hasta la inscripción de la tutela en el registro correspondiente.

En caso de que, habiendo puesto en conocimiento del juez, las personas obligadas á hacerlo, el hecho originario de la necesidad de la tutela, no proceda dicha autoridad á llenar su cometido, ha de exigírsele la responsabilidad que el artículo le atribuye en juicio civil ordinario y ante el tribunal superior inmediato (1), que respecto á los jueces municipales, lo es el de primera instancia de su partido.

No es el juez municipal responsable, cuando por ministerio de la ley haya encargadas otras personas de proveer al cuidado del menor ó incapacitado y á la custodia de sus bienes muebles, ínterin se le designa tutor. Aun cuando el Código no expresa en este artículo las personas á quienes en primer lugar atribuye tales obligaciones, se deduce que se refiere al cónyuge, ascendientes, descendientes ó hermanos del interesado; pues es exigible por los unos á los otros la prestación de alimentos, con arreglo al art. 143. Por razón de este deber de suministrarse lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación é instrucción, en su caso, cuyo deber nace

(1) Art. 903 de la ley de Enjuiciamiento civil.

cuando la necesidad es reconocida, se deduce que en el interregno que media desde que el menor ó incapacitado quedan en el desamparo que salva la tutela, hasta que ésta puede representarles y defenderles, han de subvenir á sus necesidades las personas referidas.

ARTÍCULO 204

La tutela se defiere:

1.º Por testamento.

2.º Por la ley.

3.º Por el consejo de familia.

ARTÍCULO 205

El tutor no entrará en el desempeño de sus funciones sin que su nombramiento haya sido inscrito en el Registro de tutelas.

Se establece, concede ú otorga la tutela en virtud de este artículo, de iguales modos que asignaba la ley 2.ª, título 16, Partida 6.ª según la cual, había tres clases de tutores: testamentarios, legítimos y dativos; lo mismo que en el derecho romano, y en los códigos modernos, excepción hecha de algunos, como el de Holanda, que no admite la tutela legítima (1). El método obliga á ocuparse de cada una de ellas en su lugar respectivo, ó sea en los precedentes de los capítulos 2.º, 3.º y 4.º de este título.

La formalidad de la inscripción de la tutela en el Registro correspondiente es requisito previo, y *sine qua non* para su ejercicio; de donde se deduce que dicho trámite se equipara al acto del discernimiento que, según el art. 1875 de la ley de Enjui-

(1) El Código suizo no admite de un modo riguroso la tutela legítima, pero recomienda á las autoridades tutelares la elección preferente, á menos que justos motivos no lo impidan, de alguno de los más próximos parientes del incapacitado, que sea apto para desempeñar las funciones tutelares, teniendo en cuenta las relaciones personales de los interesados y la proximidad del domicilio.

ciamiento civil, habría de hacerse constar en un libro abierto al efecto en el Juzgado de primera instancia. Como el Código prescribe en el cap. 11 de este título las formalidades de dicha inscripción, para dicho lugar queda aplazado el comentario respecto á la forma de registrarse la tutela.

El tutor que no tiene inscrito su nombramiento en el Registro de tutelas, carece de personalidad para recurrir en nombre de los menores á quienes intente representar (sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Marzo de 1895); pero si se ha aceptado esa personalidad sin protesta alguna en un pleito, no cabe después interponer recurso de casación por falta de esa inscripción (sentencia de 21 de Octubre de 1897).

Véase también la sentencia del Tribunal Contencioso-administrativo de 23 de Febrero de 1895.

CAPITULO II

De la tutela testamentaria.

Es la primera de que habla la ley 2.ª del tít. 16 de la Partida 6.ª, diciendo que tiene lugar cuando *«el padre establece guardador á su fijo en su testamento, á que llaman en latín tutor testamentarius.»* Es también la primera de las tres clases de tutela que se determinan en el art. 204.

Claro es que este capítulo como todos los demás en que se desenvuelve la institución de la tutela, se refiere también en la parte respectiva á la protutela y consejo de familia, pues tienen estos tres organismos tan estrecha relación y enlace, que no es posible en muchos casos disgregar su estudio.

Expresa el capítulo las personas á quienes atribuye la ley el derecho de nombrar tutor en testamento; establece las limitaciones de esta facultad y las condiciones de la persona que ha de quedar bajo tutela, y proclama otra vez el principio de unidad que se contiene en el art. 201.

Según la doctrina que el Código contiene, puede definirse la tutela testamentaria diciendo que es aquella que establecen en su testamento para sus hijos legítimos, naturales reconocidos y algunos de los ilegítimos, su padre ó madre, ó un extraño que nombre su heredero á un menor ó incapacitado, ó le deje legado de importancia.

De los anteriores términos se deduce que no sólo es fundamento de la tutela testamentaria la patria potestad, sino la afección y el cariño, si bien la primera tiene en el Código mayor fuerza ó imperio, porque el tutor que el padre establece no necesita nunca que el consejo de familia confirme ó sancione su nom-

bramiento, formalidad indispensable para que pueda entrar en funciones el que designa en cierto caso la madre y siempre el extraño.

ARTÍCULO 206

El padre puede nombrar tutor y protutor para sus hijos menores y para los mayores incapacitados, ya sean legítimos, ya naturales reconocidos, ó ya alguno de los ilegítimos á quienes, según el art. 139, está obligado á alimentar.

Igual facultad corresponde á la madre; pero, si hubiere contraído segundas nupcias, el nombramiento que hiciere para los hijos de su primer matrimonio no surtirá efecto sin la aprobación del consejo de familia.

En todo caso será preciso que la persona á quien se nombre tutor ó protutor no se halle sometida á la potestad de otra.

ARTÍCULO 207

También puede nombrar tutor á los menores ó incapacitados el que les deje herencia ó legado de importancia. El nombramiento, sin embargo, no surtirá efecto hasta que el consejo de familia haya resuelto aceptar la herencia ó el legado.

ARTÍCULO 208

Tanto el padre como la madre pueden nombrar un tutor para cada uno de sus hijos, y hacer diversos nombramientos á fin de que se sustituyan unos á otros los nombrados.

En caso de duda se entenderá nombrado un solo tutor para todos los hijos, y se discernirá el cargo al primero de los que figuren en el nombramiento.

I

¿Quiénes pueden nombrar tutor testamentario?

No es posible desconocer que la doctrina contenida en el artículo 154 de este Código, cuyo comentario explica la fuerza y poderío de la patria potestad en la historia del Derecho, es el fundamento de la facultad que otorgan los arts. 206 y 208 á los padres del menor para proveer á su defensa y la de sus bienes cuando aquéllos fallezcan.

El padre, y, en su defecto, la madre, á la cual el texto legal citado concede la patria potestad, pueden nombrar tutor testamentario, siendo, en Derecho español, precedentes del precepto las leyes 3.ª y 6.ª del tít. 16 de la Partida 6.ª El progreso marcadísimo en las leyes y las costumbres; la educación que hoy se da á la mujer, y el imperio de la mayoría de los códigos modernos que equiparan á ambos esposos en derechos y deberes dentro de la familia, han contribuído á borrar las enojosas distinciones que antes se hacían entre el varón y la hembra en terminantes prescripciones del derecho escrito.

No es menester ya para que la madre designe tutor á sus hijos que les nombre herederos, ni necesita el nombrado la confirmación judicial, que exigía para este caso la ley 6.ª, tít. 16 de la Partida 6.ª, ni la del consejo de familia, á no ser cuando hubiese pasado á segundas nupcias y hubiese usado de dicha facultad respecto á los hijos habidos en el primer matrimonio.

Esta única limitación tiene por fundamento el recelo que inspira al legislador la más que probable influencia del marido sobre la mujer, y que quizá, para bien de los hijos del segundo matrimonio y en perjuicio de los del primero, se ejerciese en pro de la designación de determinada persona.

El consejo de familia, pesando toda clase de circunstancias, aun las que como reservadas no transcienden muy fuera del hogar y la vida íntima, podrá conscientemente, con sólido funda-

mento apreciar la conveniencia ó peligro de que ejercite la tutela la persona designada por la madre en el caso antes indicado.

La facultad del consejo de familia, afirma la sentencia de 4 de Marzo de 1911, para aprobar ó desaprobar el nombramiento, es discrecional en él por no estar regulado legalmente, como lo está la remoción de los tutores por el art. 238.

Prudente y sabia es la previsión que no alcanza á privar al padre casado por segunda vez de la facultad mencionada, sin duda porque se supone que se avasalla y rinde al hombre con menos facilidad que á la mujer, mucho más cuando puede moverse en esfera más desembarazada, contando con los elementos valiosísimos de una capacidad plena, y generalmente con mayor ilustración y conocimiento del mundo que su compañera.

La limitación que determina el art. 207 al extraño que nombra heredero ó que deja manda de importancia, no se refiere á la necesidad de que el consejo de familia confirme ó sancione la designación de tutor que hizo el primero, sino á que escrupulosa y serenamente aprecie el pro y el contra de las consecuencias originadas por una aceptación de herencia.

Se relacionan con lo que dicho artículo dispone respecto á tan importante detalle los artículos 269, en su número décimo, y 992 en su párrafo 2.°, cuya aplicación se impone por el precepto del 309. Según ellos y el núm. 5.° del 264, necesita el tutor de un menor ó incapacitado autorización del consejo de familia para la aceptación sin beneficio de inventario de una herencia dejada á su pupilo. De este precepto, pues, y de los demás que con él forman una trabazón indestructible, se deduce que la limitación indicada, además de fundarse en la experiencia y en la práctica, tiene á cada paso una declaración en el Código.

Tiene para dicho efecto mayor eficacia la aplicación del artículo 207 y de su precedente en el Proyecto de 1882 y en los Códigos de Italia, Portugal y otros, que la confirmación judi-

cial que, según la ley 8.ª, tít. 16 de la Partida 6.ª, necesitaba para el ejercicio de su cargo el tutor designado para el menor por un extraño que le dió muestras inequívocas de predilección y cariño al disponer de su hacienda por última voluntad.

Queda con lo indicado patente y claro que el consejo de familia, respecto á la tutela de un menor confiado á su defensa y protección, en cuanto le instituyera heredero ó le nombre legatario una persona extraña, tiene que aceptar el nombramiento de tutor hecho por la misma, si acepta la herencia ó legado, considerando á dicho tutor relevado de fianzas con arreglo al caso 3.º del art. 260, respecto de los bienes de dicha procedencia, cuando el testador hubiese hecho tal declaración (1).

De la redacción del art. 207 se deduce que la facultad que al extraño concede no se extiende á que pueda nombrar protutor. Así debe entenderse; primeramente, porque no cabe una interpretación extensiva cuando se trata de privar al consejo de familia de medios propios y adecuados para realizar su misión protectora; y en segundo lugar, porque, aun cuando pongan de relieve varios textos preceptivos del Código que tutela y protutela se complementan hasta el punto de formar una institución única, el art. 206, al tratar de las facultades del padre ó madre sobre sus hijos, dice que pueden nombrar tutor y protutor, cuya facultad no se concede al extraño, limitándola al nombramiento de tutor. Así se deja al consejo de familia el nombramiento del protutor, que ha de intervenir en la gestión de la tutela; garantía más eficaz, sin duda que la confirmación del juez, exigida para ese caso por la ley de Partida antes citada.

Según ha declarado el Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de Octubre de 1908, el nombramiento de tutor hecho por un abuelo en su testamento, debe ser respetado, aun equiparando á aquél á un extraño, según lo dispuesto en el art. 207 del Código, cuando deja herencia de relativa cuantía para sus nietos, siquiera tenga ésta el carácter de forzosa, pues sería anómalo,

---

(1) Art. 1834 de la ley de Enjuiciamiento civil.

contrario al sentido de la ley y espíritu que la informa y á los intereses de los mismos menores, desconocer en tal supuesto el derecho del abuelo, en quien natural y racionalmente es obligado reconocer, por regla general al menos, mayor afecto hacia sus nietos que el que pueda sentir un extraño respecto de éstos.

Sobre á cuál de los tutores ha de darse la preferencia, cuando hubieren sido nombrados por las diferentes personas á quienes se faculta para ello, véase el siguiente art. 209.

II

Personas á quienes puede nombrarse tutor testamentario.

Siendo, como queda dicho, uno de los fundamentos de la institución la patria potestad, cuya prorrogación viene á constituir, se hallan, en primer lugar, sujetos á la tutela designada por el padre ó por la madre, en el caso de ser menores ó estar incapacitados, los hijos legítimos cuyos derechos define el artículo 114, después de haber expresado el 108 cuáles son los que tal calificación merecen.

También pueden los padres nombrar tutor y protutor á los hijos naturales reconocidos. Lo mismo ha de entenderse respecto de los legitimados por subsiguiente matrimonio y por concesión Real, pues aunque no se hace mención expresa de ellos en el art. 206, que estamos comentando, aquéllos están equiparados en todo á los legítimos (art. 122), y éstos gozan de los mismos derechos que los naturales reconocidos (arts. 127 y 134), y están también sujetos á la patria potestad. Por esta razón (artículo 154), el padre adoptante podrá también nombrar tutor al hijo adoptivo que carezca de padres naturales.

Después de mencionar á los naturales reconocidos, enumera el Código como sujetos á la tutela testamentaria designada por su padre ó su madre á los demás hijos ilegítimos que según el artículo 139 tienen derecho á percibir alimentos, esto es, á los que, según la antigua clasificación, eran conocidos como *adulterinos*, *incestuosos* y *sacrílegos*.

Según el art. 143, la prestación de alimentos á los ilegítimos no tiene el alcance que la que se concede á los demás naturales, siendo indispensable para que tal obligación pueda exigirse, conforme al art. 140, que la paternidad ó maternidad se infieran de sentencia firme, civil ó criminal, ó resulten de un documento indubitado en que reconozcan la filiación el padre ó la madre, ó se pruebe cumplidamente el parto de ésta y la identidad del hijo.

Por lo tanto, para que el padre ó la madre puedan usar de la facultad de nombrar tutor testamentario para sus hijos ilegítimos no naturales, se necesita que la paternidad ó maternidad consten demostradas de la manera dicha.

La tutela, por precepto general del art. 200, que es aplicable á las tres formas de establecerse que preve el 204, sólo sujeta á los menores no emancipados; por lo tanto, los que sin haber llegado á la mayoría de edad hayan conseguido la emancipación, si por disposiciones especiales del Código necesitasen completar su capacidad para ciertos actos ó contratos ó comparecencia en juicio, no pueden recibir tutor testamentario.

III

Efectos y extensión de la tutela testamentaria en cada uno de sus casos.

La facultad concedida al padre es absoluta; la otorgada á la madre y al extraño se halla restringida en la forma y medida que indicadas quedan.

Ha declarado el Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de Octubre de 1908, que el derecho que otorga á los padres el artículo 206 y demás concordantes del Código para nombrar á sus hijos tutor y protutor, es absoluto y no limitado; dicho nombramiento puede ser hecho *ad cautelam*, de tal modo que no pudiendo tener efecto inmediato por cualquier obstáculo, por ejemplo, quedar el hijo sometido á la patria potestad de su madre, tendrá efectividad desde el momento en que las circunstancias previstas por el testador hagan necesario el cumplimiento de lo por él

establecido, haciendo resurgir su voluntad sin consideración al tiempo transcurrido, ni á las dificultades que durante el mismo hubieran impedido realizarla.

Si la madre pasase á segundas nupcias y designase tutor para los hijos de su primer matrimonio, no ha de tener el criterio del consejo de familia tal autoridad, y su decisión tanta firmeza y eficacia, que no sea posible recurrir contra su dictamen denegatorio de la aprobación necesaria para que el tutor designado pueda entrar en el ejercicio de su cargo. Según la letra y espíritu del art. 310, queda al tutor ó á cualquier interesado el derecho de alzarse ante el juez de primera instancia de la decisión del consejo de familia. Véase el comentario de dicho artículo.

Como *a priori* ha de examinar dicho consejo, cuando se trata de la herencia ó manda dejada por un extraño, la procedencia ó improcedencia de su aceptación para el menor ó incapacitado, no se puede utilizar recurso alguno contra la decisión del consejo de familia que rechace tal donación hecha en última voluntad. Pero admitida la herencia en cuanto alcance su cuantía, no es factible que el consejo se oponga á que el tutor designado en el testamento ejercite su cargo, si bien puede y debe nombrar protutor.

No obstante lo expuesto, el Tribunal Supremo, en sentencia de 7 de Diciembre de 1901, fundándose en el art. 310 del Código, que permite apelar de los acuerdos del consejo de familia á cualquiera de sus vocales, al tutor, al protutor y otras personas, declara que en el caso del art. 207 cabe esa apelación, y puede en virtud de ella el Juez aceptar legados, calificar su importancia y deferir la tutela.

El extraño que deja al menor un legado ó le trasmite bienes por herencia, puede ciertamente nombrarle tutor, con arreglo al artículo 207; pero este precepto está escrito sobre la base de tratarse de menores que no tienen padres, pues teniéndolos no cabe el nombramiento de tutor, y sólo es posible encargar á un tercero de la administración especial de los bienes legados. (Reso-

lución de la Dirección de los Registros de 13 de Abril de 1892.)

Antes que negar, afirma de una manera indubitada el artículo 208 la unidad de la tutela, proclamada en el art. 201, pues los diversos nombramientos de tutores que permite hacer al padre ó madre son para que se sustituyan unos á otros, caso de no ser nombrado uno para cada hijo, sin que puedan á la vez desempeñar dos el cargo, estableciéndose como base del orden que ha de seguirse la prioridad en tiempo que tantos derechos crea y robustece. Por ello y para evitar cuestiones que se ven frecuentemente en la práctica, determina que cuando exista incertidumbre para decidir cuál de los llamados debe ejercitar la tutela, y habiendo dejado el testador varios hijos, haya designado varios tutores, se entienda que un solo tutor debe representar á todos, dándose posesión por el consejo de familia al que haya sido nombrado en primer lugar.

El discernimiento del cargo de tutor de que habla el artículo 208, y al que también alude el 209, significaba en el derecho antiguo la aprobación del nombramiento por la autoridad judicial; pero desde la vigencia del Código no existe en materia de tutelas más autoridad que la del consejo de familia, que ha sustituído á los Jueces en todas las atribuciones que antes les correspondían en dicha materia. Por este motivo debe estimarse abolido el discernimiento con el sentido y alcance que tenía en el derecho antiguo, y perfecta la representación del tutor cuando le posesiona del cargo el consejo de familia. En este sentido ha de entenderse la frase «se discernirá el cargo» en los arts. 208 y 209. (Resolución de la Dirección general de 31 de Octubre de 1892, cuya doctrina está conforme con la de 25 de Noviembre de 1893.)

ARTÍCULO 209

Si por diferentes personas se hubiere nombrado tutor para un mismo menor, se discernirá el cargo:

1.º Al elegido por el padre ó por la madre.

2.º Al nombrado por el extraño que hubiese ins-

tituído heredero al menor ó incapaz, si fuere de importancia la cuantía de la herencia.

3.º Al que eligiere el que deje manda de importancia.

Si hubiere más de un tutor en cualquiera de los casos 2.º y 3.º de este artículo, el consejo de familia declarará quién debe ser preferido.

ARTÍCULO 210

Si hallándose en ejercicio un tutor apareciere el nombrado por el padre, se le transferirá inmediatamente la tutela. Si el tutor que nuevamente apareciere fuese el nombrado por un extraño comprendido en los números 2.º y 3.º del artículo anterior, se limitará á administrar los bienes del que lo haya nombrado, mientras no vaque la tutela en ejercicio.

Como pudiera darse el caso de aspirar á la vez al cargo de tutor dos personas distintas, ya que á los extraños se les concede la facultad de designarlo para el menor á quien favorecen dejándole herencia ó legado, preceptúa el art. 209 la prelación de unos sobre otros, siguiendo el orden marcado en los 206 y 207.

En la hipótesis de que exista un menor tan favorecido por la amistad y la fortuna que á la vez reciba dos herencias ó dos legados en virtud de las disposiciones de dos extraños, se atribuye al consejo de familia la facultad de elegir entre los tutores designados.

Cabe que el legado sea de muy superior entidad á la herencia; pero á pesar de ello, como la facultad concedida al extraño es en consideración á su predilección y cariño hacia el menor y la demuestra mayor el que sin cercenar nada de su hacienda se la deja toda, se ha de seguir siempre el orden de enumeración del artículo.

El tutor nombrado por el padre deja sin efecto el nombramiento de otro que estuviese en ejercicio y le hace cesar en éste. El que designó el extraño, si al ser aceptada la herencia ó lega-

do por el consejo de familia tiene otro tutor el menor favorecido, se limitará á administrar los bienes de la persona que en testamento le designó; pero tomará á su cargo el ejercicio de la tutela, cuando sea factible.

En nada desvirtúa este precepto el principio de unidad de la tutela tantas veces expresado; antes bien le afirma, pues no son las funciones de mero administrador las del tutor que se mueve en más amplia esfera, como se dirá al definir sus funciones en los arts. 263, 264 y 269.

Indicaremos, por último, que aunque el primero de los artículos de este comentario hace mención solamente de los *menores*, su disposición es también aplicable al caso en que por diferentes personas se hubiere nombrado tutor para un mismo *incapacitado*, puesto que para unos y otros se establece en los artículos anteriores la tutela testamentaria bajo iguales condiciones.

CAPÍTULO III

De la tutela legítima.

Siguiendo el orden establecido en el art. 204, se trata en este capítulo de la tutela legítima después de haber tratado en el anterior de la testamentaria, que es la primera, y á falta de la cual tiene lugar aquélla, como la segunda en orden. Las causas que según el art. 200 pueden dar lugar á dicha tutela son; la menor edad, la locura, sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil; y como cada una de estas causas responde á distintas condiciones en el individuo, que por razón de ellas necesita de la protección y amparo de la ley, de aquí la subdivisión de este capítulo en las cuatro secciones que contiene y que vamos á examinar.

SECCIÓN PRIMERA

DE LA TUTELA DE LOS MENORES

ARTÍCULO 211

La tutela legítima de los menores no emancipados corresponde únicamente:

1.° Al abuelo paterno.

2.° Al abuelo materno.

3.° A las abuelas paterna y materna, por el mismo orden, mientras se conserven viudas.

4.° Al mayor de los hermanos varones de doble vínculo, y, á falta de éstos, al mayor de los hermanos consanguíneos ó uterinos.

La tutela de que trata este artículo no tiene lugar respecto de los hijos ilegítimos.

I

Consideraciones generales.

El principio que ha guiado al legislador en la fijación de las personas llamadas á la tutela legítima de los menores, objeto principal del artículo que comentamos, es la relación de mayor afecto é intimidad que existe entre parientes, relación que, de un modo análogo, invocaba ya para las herencias abintestato el derecho justinianeo.

Es lo regular, sin duda, que quienes más y de un modo más sincero han de interesarse por la persona del menor, desprovisto de la tutela natural y de más alto alcance que representa la patria potestad, serán aquellas personas unidas á él por vínculos cercanos de familia, por comunidad de sangre y tradiciones; y aun cuando esto no excluye la existencia de casos en que los individuos señalados por esta condición de parentesco no sean los únicos ni los más estrechamente unidos por afecto y desinteresado apego al menor, la ley tiene que referirse siempre al orden normal de la vida; que es también el efectivo en los más de los casos, sin cerrar por esto la puerta á todo remedio de posibles males que al menor pudieran ocasionarse.

En la apreciación del límite á que debe llegar para el efecto de la tutela la razón de parentesco, no están acordes los códigos. La ley de Partidas, conforme con el derecho romano, no distinguía de líneas ni grados, acudiendo principalmente á la proximidad del parentesco. De las leyes civiles modernas, muchas la limitan á la línea recta ascendiente (Códigos francés, de Luisiana, de Italia y de Alemania; mientras otras, como la portuguesa y la de Guatemala, admiten la línea colateral en la persona de los hermanos y aun de los tíos. Nuestro Código, de acuerdo con el Proyecto de 1851, adopta un término medio, llamando, según indica el núm. 4.º de este artículo, á los hermanos, pero no á los tíos. Esta amplitud de nuestra ley, que la hace superior al

mismo Código italiano, tiene sólo una limitación relacionada con el sexo.

Siguiendo la tradición constante en las legislaciones europeas desde Roma, nuestro Código mantiene siempre la preferencia de la masculinidad en toda concurrencia de derechos familiares análogos al que nos ocupa; así se ve que llama á los abuelos antes que á las abuelas; pero la preferencia se convierte en exclusión al tratarse de los hermanos. Esta observación, que hacemos de pasada, no obedece á una reivindicación puramente teórica del derecho de las hembras, sino á notar una cierta inconsecuencia en el Código mismo, el cual, mientras en el presente artículo se abstiene de llamar á la tutela de los menores á las hermanas, en el 220, núm. 5.º, concede la tutela de locos y sordomudos á «las hermanas que no estuviesen casadas». Esa aparente inconsecuencia obedece á razones muy atendibles: la mujer, con su dulzura y paciencia, unidas al cariño, será muy á propósito para atender al cuidado de su hermano loco ó sordomudo; pero no lo será, por regla general, para dirigir la educación de un menor, que acaso necesite de la entereza del hombre para corregir sus ligerezas y extravíos.

No creemos posible una interpretación lata del núm. 4.º en favor de las hermanas, porque si es verdad que al citar á los hermanos consanguíneos ó uterinos no se repite la calificación de varones, bien se ve que no es preciso, dado el sentido general del párrafo y la exclusión expresa que en su primera parte se hace de las hembras.

La limitación que el núm. 3.º impone á las abuelas paterna y materna es reflejo de otras impuestas á la madre por razón de la dependencia que la mujer adquiere al contraer matrimonio, y concretamente corresponde al apartado segundo del artículo 206.

Indicaremos, por último, que el adverbio *únicamente*, empleado en este artículo, demuestra que sólo á los parientes que en él se designan corresponde la tutela legítima: si á falta de ellos se confiriese el cargo á un tío carnal, ó cualquier otro pariente al

menos, lo será en concepto de tutor dativo, pero no en el de legítimo.

Hechas estas consideraciones respecto del sentido general del artículo, veamos algunas cuestiones concretas que suscita. Baste añadir, finalmente, que aunque el art. 211 carece del apartado en que su correspondiente 182 del Proyecto de 1851 recalcaba el orden de procedencia, que ya indican los números, no es menos inalterable por esto.

II

Cuestiones.

1.ª *Menores no emancipados.*—El art. 211 ofrece una variante del 200 en punto á la calificación de los menores emancipados que están libres de tutela, y es la supresión del adverbio «legalmente». Puede ser esto un olvido de redacción, y puede ser también una omisión deliberada, respondiendo á un criterio de mayor amplitud que el enunciado en el art. 200. En este último sentido lo interpretan algunos comentaristas; pero á nuestro juicio son improcedentes tales distinciones. En el art. 200 se declara que «están sujetos á tutela los menores de edad no emancipados legalmente», y en el 211 que estamos comentando se determina á quién corresponde la tutela legítima de esos mismos menores, sin que puedan ser otros que los *no emancipados legalmente*, cuyo adverbio se ha suprimido aquí por ser innecesario repetirlo. No se puede tener por emancipado á un menor, para ningún efecto jurídico, si no lo ha sido *legalmente* por alguna de las causas que se determinan en el art. 314, y, por consiguiente, á ellos se refiere el art. 211, lo mismo que el 200.

Y téngase presente, que los menores emancipados legalmente necesitan también de tutor para los actos y en los casos determinados en el art. 317, cuyo tutor, á falta de testamentario, habrá de ser el legítimo.

2.ª *Cuándo procede la tutela legítima.*—No lo dice expresa-

mente el Código, desviándose del ejemplo que dió el Proyecto de 1851 (art. 181).

La regla general de precedencia ú orden entre las tres clases de tutela es perfectamente clara, y no requiere mayores argumentos; por lo que toca á la *dativa*, en relación con las otras dos, el art. 231 lo declara expresamente. Puede decirse desde luego, pues, que la tutela legítima procede siempre que falta tutor testamentario, y esto sucederá:

1.º Si el padre ó la madre murieron sin testamento, ó no hicieron en él el nombramiento de tutor.

2.º Si el que deja al menor herencia ó legado de importancia, no hace uso de la facultad que le concede el art. 207 para nombrarle tutor.

3.º Si habiéndolo nombrado, muere el tutor antes del padre ó de la persona que hizo su nombramiento.

4.º Si viviendo el padre ó la madre, pierden por cualquier causa legal la potestad sobre el hijo, porque entonces no pueden legalmente nombrar tutores. El Proyecto de 1851 declaraba expresamente la especie de tutela que entonces correspondía.

5.º Si el tutor nombrado por la madre que ha pasado á segundas nupcias ó por un extraño, no fuese aceptado por el consejo de familia (casos de los artículos 206 y 207).

6.º Siempre que el tutor testamentario dejase de serlo por fallecimiento, excusa, remoción, ausencia en ignorado paradero, cumplimiento de condición ó día cierto, etc. Este caso ofrecía serias dudas en la legislación anterior al Código. El Proyecto de 1851 no lo mencionaba, y la ley de Partidas estatuía, realmente, en contra, en el caso de remoción, ordenando el nombramiento de tutor dativo (ley 4.ª, tít. 18, Partida 6.ª); pero el silencio absoluto del Código sobre este punto, y su propósito dominante de preferir el pariente al extraño, autorizan esta interpretación amplia. Goyena opinaba en contra, en el caso de muerte ocurrida después de la del testador, fundándose en que el hecho de acudir éste á la tutela testamentaria indicaba falta de confianza en los legalmente llamados á ella; y por tanto, la

ley debía continuar esta voluntad del testador, prescindiendo de la tutela legítima y nombrando tutor dativo. Semejante consideración de la voluntad tácita ó presunta del padre, no puede en el Código apoyarse sobre ningún precepto determinado (como sucede en el francés), ni tampoco en un razonamiento puramente lógico, puesto que, como observa un autor, el nombramiento de tutor testamentario no arguye, muchas veces, desconfianza en los legítimos, sino tan sólo una *mayor* confianza en el nombrado, que nada desfavorable supone para el pariente á quien correspondería la tutela.

3.ª *¿Cuáles son los hijos ilegítimos excluídos de la tutela legítima?*—La cuestión que aquí se plantea no es, aun sin salir de los límites del artículo del Código, tan fácil de decidir como algunos creen. Verdad es que de la división adoptada por el Código en el título 5.º sobre la filiación, y de las palabras que usa en los epígrafes del capítulo 4.º, se deduce que comprende en la denominación de *ilegítimos,* tanto á los naturales como á los incentuosos, adulterinos, etc. La comparación entre la negativa que encierra el último apartado del artículo que nos ocupa y la facultad que da para el nombramiento de tutor testamentario el 206, podría ser nuevo argumento en favor de la exclusión de *todos* los ilegítimos; tal era el sentido del Proyecto de 1851 y la opinión de su comentarista.

Pero no es menos cierto que el Código en ese mismo art. 206, correspondiente á la materia especial de tutela, distingue entre *naturales* é *ilegítimos*, y que el 302 mantiene igual distinción admitiendo la existencia de vocales *legítimos* para los hijos *naturales*. ¿Qué ha de entenderse, pues, como intención del legislador: la comprensión de todos los ilegítimos en el caso del art. 221, ó la interpretación restringida de la palabra, que existe en los otros artículos mencionados? Aunque tal vez esto último sería lo más racional, difícilmente, texto en mano, podrá defenderse ante los Tribunales. La regla de *odiosa restringenda* sería aquí rechazada por la declaración del Código en el capítulo expresamente dedicado á fijar la condición de los hijos ilegítimos. Parece, por

otra parte, que los derechos reconocidos á los hijos naturales por el art. 134 no pueden autorizar el reconocimiento de otros lazos de parentesco que el especial de padre á hijo: por eso cabe la tutela testamentaria, pero no la legítima, como expresamente declara el Código portugués (art. 278).

Por esta razón, y ateniéndonos al precepto terminante de la ley, que obedece, sin duda, á consideraciones sociales y morales muy atendibles, entendemos que están excluídos de la tutela legítima todos los hijos ilegítimos y que á falta de la testamentaria procede darles la dativa.

4.ª *¿Quién nombra al tutor legítimo?*—Especifica el Código en el artículo que comentamos, y en sus análogos 220, 227 y 230, quiénes puedan ser tutores legítimos en los diferentes casos que ocurren; pero no indica, en ninguno de ellos, quién ha de nombrarlos, ó mejor dicho, quién ha de confirmarlos, pues el nombramiento lo hace la ley, dando eficacia á su derecho y reconociéndolo, para que pueda ser admitido legalmente y posesionado en su cargo. No se confunda, para esto, el acto de nombrar al tutor con el de deferir la tutela, que el mismo Código (art. 245), atribuye á los funcionarios judiciales; ni se entienda que basta la posesión del derecho, por estar la persona incluída en cualquiera de los grados de parentesco á que los aludidos artículos se refieren, para que sin otra formalidad, amén de las de garantía que la ley manda, comience su ejercicio.

La cuestión, por lo demás, no es difícil de resolver, á poco que se mire el Código. La creación del consejo de familia, sus funciones, su intervención y sustitución al juzgado, que era la única autoridad competente en las leyes antiguas, en todo lo que concierne á tutela, indican con bastante claridad que á él corresponde ese nombramiento, como de hecho se afirma tocante á otras particularidades de esta misma materia. El Código portugués, tan completo é interesante en este punto, lo dice en el número 2.º del art. 224: al consejo de familia toca «confirmar á los tutores legítimos»; y el nuestro, declarando, en parte, la misma doctrina que exponemos, dice: «El consejo de familia

pondrá en posesión á los tutores y protutores» (art. 261), y claro es que á la posesión ha de preceder el nombramiento en regla, ó sea la designación ó confirmación de la persona á quien corresponda ejercer el cargo conforme á la ley, y en esto racionalmente debe intervenir el consejo, como interviene en la prestación de fianza (art. 255), y en todo lo demás que se refiere á la guarda de los menores é incapacitados y al ejercicio de la tutela. Valga esta aclaración para todos los artículos, ya señalados, análogos al presente.

ARTÍCULO 212

Los jefes de las Casas de expositos son los tutores de los recogidos y educados en ellas. La representación en juicio de aquellos funcionarios, en su calidad de tutores, estará á cargo del Ministerio fiscal.

No creemos preciso advertir nada tocante á este artículo, que queda subordinado á las leyes de Beneficencia vigentes. Al funcionario que, según ellas, sea jefe de las casas de expósitos, corresponderá la tutela de los menores «recogidos y educados», es decir, mientras estén legalmente recogidos. No tiene, pues, realidad el problema presentado por un autor, tocante á si subsiste la tutela después de haber salido los expositos de la casa durante su menor edad; porque, ó la salida es sólo para lactarlos á domicilio, y no por esto dejan de pertenecer á la casa, ó es para prohijarlos, y entonces el adoptante adquiere la patria potestad.

La legislación de Beneficencia vigente que se puede referir á este caso la constituyen la ley de 1849 y el reglamento de 14 de Mayo de 1852.

SECCION SEGUNDA

DE LA TUTELA DE LOS LOCOS Y SORDOMUDOS

La guarda legal de los locos constituía, en las leyes anteriores continuadoras del derecho romano, la institución de la

curatela, mantenida en el Proyecto de 1851. El Código actual la convierte en un caso de tutela. Al mismo tiempo incluye en ella formalmente á los sordomudos, dando así un ejemplo de claridad y precisión á muchos otros Códigos extranjeros, que no hablan de su tutela. Las Partidas indicaban ya el nombramiento de «guardadores de los bienes de los mudos é de los sordos» (ley 60, tít. 18, Partida 3.ª, y 5.ª, tít. 11, Partida 5.ª). Ya veremos luego la distinción que se hace entre éstos y los locos para el efecto de la tutela.

ARTÍCULO 213

No se puede nombrar tutor á los locos, dementes y sordomudos mayores de edad, sin que preceda la declaración de que son incapaces para administrar sus bienes.

La prevención que hace este artículo es pertectamente lógica. Lo primero que hay que probar es la procedencia de la tutela, y ésta claro es que no resulta necesaria mientras la locura, la demencia ó la sordomudez no sean tales que incapaciten al paciente para administrar, debiendo esta circunstancia acreditarse legalmente. Por esto cuando un menor que vive bajo tutela testamentaria llega á su mayor edad, cesará la tutela, aunque se hayan manifestado señales de locura ó demencia, ó estuviere afectado de sordomudez, no existiendo la declaración de esta incapacidad, innecesaria durante la minoría para que el padre nombre tutor; pero entendemos que si el nombramiento lo hizo el padre, incluyendo el caso de incapacidad posible pasada la menor edad (á lo cual le autoriza el art. 206), debe continuar el mismo tutor, una vez que se cumpla el requisito de este artículo 213.

Esta declaración, que ha de ser judicial, supone, naturalmente, un juicio, si no es que resulta ya de sentencia firme en pleito anterior, y en él se aquilatará el grado de la incapacidad misma, al cual ha de amoldarse el alcance de la tutela, como

para los sordomudos indica el art. 218, el cual previene además que se haga sumariamente dicha declaración.

Ahora bien: mientras se sustancia la declaración de incapacidad, ¿cuál es la situación legal del loco, demente ó sordomudo? No existiendo aun la declaración, legalmente es capaz. El Proyecto de 1851 daba mayores garantías, autorizando el nombramiento de un administrador ó curador interino para los casos de urgencia (art. 283), y anulando los actos «anteriores á la ejecutoria, cuando la causa de la interdicción existía notoriamente en la época de su otorgamiento» (art. 289). La omisión de estas disposiciones en el Código indica que ha de regirse el caso por las reglas generales relativas á la validez y eficacia de las obligaciones.

El consentimiento es uno de los requisitos esenciales en todos los actos del hombre que producen obligación, y el art. 1263 declara que no pueden prestarlo los locos ó dementes y los sordomudos que no sepan escribir. Por consiguiente, aunque legalmente sean capaces mientras no se haga la declaración de su incapacidad, si se prueba que ésta existía al tiempo de celebrar el acto ó contrato, la declaración de su nulidad será ineludible por la presunción legal de la falta de consentimiento. Y para evitar los perjuicios que pudieran seguirse al incapacitado de prolongarse esa situación, se previene que sea sumario el procedimiento, como ya se ha indicado.

Las diligencias para la declaración de incapacidad, declara la sentencia de 12 de Octubre de 1904, y las de depósito provisional de los hijos menores, deben tramitarse ante el juez del domicilio del presunto incapaz.

ARTÍCULO 214

Pueden solicitar esta declaración el cónyuge y los parientes del presunto incapaz que tengan derecho á sucederle abintestato.

ARTÍCULO 215

El Ministerio público deberá pedirla:

1.° Cuando se trate de dementes furiosos.

2.° Cuando no exista ninguna de las personas mencionadas en el artículo precedente, ó cuando no hicieren uso de la facultad que les concede.

3.° Cuando el cónyuge y los herederos del presunto incapaz sean menores ó carezcan de la personalidad necesaria para comparecer en juicio.

En todos estos casos los Tribunales nombrarán defensor al presunto incapaz que no quiera ó no pueda defenderse. En los demás, será defensor el Ministerio público.

Pasa á indicar el Código en estos dos artículos las personas que pueden solicitar la declaración de incapacidad en los locos, dementes y sordomudos. Es tan claro su precepto, que nos permite limitar este comentario á ligeras indicaciones.

Atendiendo al efecto y á otras consideraciones de familia, sólo se concede personalidad para pedir la declaración de que se trata al cónyuge y á los parientes más inmediatos del presunto incapaz, que son los que tendrán derecho á sucederle abintestato. No se hace mención de los herederos testamentarios, porque podrán ser personas extrañas á quienes no liguen aquellas consideraciones de familia; mas no por eso estarán privados de dicha facultad, si á la vez son parientes inmediatos. En el Proyecto de 1851 se concedía á todos los parientes del presunto incapaz, y aunque ahora se limita á los que tengan derecho á sucederle abintestato, no ha de entenderse con tal restricción, que se exija para admitir la solicitud la prueba de corresponderle la sucesión intestada; bastará, á nuestro juicio, alegar ser el pariente más inmediato, como hijo, padre ó hermano del interesado.

Nótese también que es potestativo en el cónyuge y los parientes deducir la solicitud: *pueden solicitar*, dice la ley, y por

consiguiente no les impone obligación alguna, dejando á su discreción el que promuevan el expediente de incapacidad cuando lo estimen necesario para el cuidado de la persona y bienes del incapacitado.

Esa obligación se impone al Ministerio público, el cual *deberá pedir* la declaración de incapacidad cuando se trate de dementes furiosos en todo caso, y en los demás, cuando no existan cónyuge ni herederos presuntos, ó no hicieren uso de la facultad que para ello se les concede, y también cuando éstos sean menores ó carezcan de la personalidad necesaria para comparecer en juicio.

Aunque la declaración de incapacidad ha de hacerse sumariamente, como se ordena en el art. 218, no sería justo concederla sin oir al presunto incapaz, porque esto daría lugar á violencias é injusticias que no serían nuevas en los anales del foro. Para evitarlo, se ordena al final del art. 215 que, cuando el Ministerio fiscal inste la declaración, el tribunal que de ella conozca, que deberá ser el juez de primera instancia, nombrará defensor al presunto incapaz que no quiera ó no pueda defenderse, y que sea defensor del mismo dicho Ministerio, cuando el cónyuge ú otro pariente deduzca la solicitud. La razón de esta disposición es tan obvia, que no hay necesidad de exponerla. En los artículos siguientes se ordenan otros requisitos con el mismo fin antes indicado.

Ya se dijo al comentar el art. 165 que el cargo de *defensor* que para este y otros casos establece el nuevo Código, es análogo al de *curador ad litem* de nuestro antiguo derecho. La doctrina allí expuesta (página 54 de este tomo) y el procedimiento allí indicado para hacer el nombramiento, son aplicables al presente caso. Habrá de conferirse dicho cargo á la persona á quien corresponda la tutela, conforme al art. 220, y en su defecto se observará lo que dispone el art. 1855 de la ley de Enjuiciamiento civil.

ARTÍCULO 216

Antes de declarar la incapacidad, los Tribunales oirán al consejo de familia y examinarán por sí mismos al denunciado como incapaz.

ARTÍCULO 217

Los parientes que hubiesen solicitado la declaración de incapacidad no podrán informar á los Tribunales como miembros del consejo de familia; pero tienen derecho á ser oídos por éste cuando lo soliciten.

Aun cuando pudiera parecer que estos artículos y el siguiente corresponden más bien á la ley de Enjuiciamiento, el Código ha procedido acertadamente al consignarlos como reglas precisas á que habrá de acomodarse el procedimiento, para evitar abusos.

El consejo de familia ha sido elevado por el Código á su verdadera y altísima importancia en las relaciones familiares; ha de intervenir en casi todos los actos de la tutela, y natural parece que también sea llamado á éste, del cual depende nada menos que la declaración de incapacidad de una persona con los efectos consiguientes. Pero si su intervención es lógica y de importancia por las declaraciones que puede hacer y el cuidado que ha de llevar sobre la persona y los intereses de un miembro de la familia á quien representa, es de prudencia fijar ciertas limitaciones de garantía, no bastando esa intervención, por otra parte, para decidir por sí sola la declaración de incapacidad.

La garantía que naturalmente se ocurre, es que los parientes que hubiesen solicitado la declaración no puedan concurrir á informar con los demás que forman el consejo. Del cónyuge no se habla, por no ser miembro de éste. No por esto se invaida el derecho de aquéllos á ser oídos por el consejo, al cual po-

drán exponer las razones que les asisten para la petición de que se trata.

Los Tribunales oirán al consejo de familia, al Ministerio fiscal y al defensor, si lo hubiere, pero además «examinarán por sí mismos al denunciado». Esto indica que deben acudir á todos los medios legales para depurar la verdad del caso; y por tanto, que el informe pericial ó médico, que algunos códigos no admiten y que el Proyecto de 1851 hacía potestativo en los tribunales, podrá y deberá ser recibido en conciencia y aun solicitado por éstos. Seguramente lo pedirán, en su caso, el Ministerio fiscal y el defensor del presunto incapaz. El Código mejicano lo exige expresamente (art. 458).

Todas estas formalidades serán inútiles, si al tiempo de la demanda en que solicite la declaración, hubiese ya una sentencia, en el juicio plenario correspondiente, declaratoria de la incapacidad; en este caso, bastará el testimonio de la sentencia para que se proceda al nombramiento de tutor, conforme á lo que dispone el artículo 1847 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Para dar cumplimiento á estas disposiciones, cuando no esté constituído el consejo de familia, será preciso que el Juez de primera instancia, que conozca de la declaración de incapacidad, lo ponga en conocimiento del Juez municipal competente para que, con la urgencia que el caso requiere, proceda á la constitución de dicho consejo, conforme á lo prevenido en los artículos 293 y siguientes. Esto, en el caso de no haber practicado dicha gestión el Ministerio fiscal ó el pariente que haya deducido la solicitud, á quienes el Juez podrá prevenir que lo verifiquen.

La sentencia de 7 de Marzo de 1905, declara que, dentro del sentido y finalidad de los artículos 216 y 218, no puede negarse á los jueces la práctica de aquellas diligencias que, para su ilustración y mejor proveer, estimen necesarias antes de dictar un auto de tanta transcendencia como el de declarar incapacitada á una persona.

La de 20 de Enero de 1904, resuelve que no cabe constituir un consejo de familia, á los efectos del art. 217, y luego otro de-

finitivo, sino uno solo y siempre el mismo para todos los actos que requiera la defensa de los menores ó incapacitados.

Se citan los artículos 216 y 218 en la sentencia de 1.º de Julio de 1905.

ARTÍCULO 218

La declaración de incapacidad deberá hacerse sumariamente. La que se refiera á sordomudos fijará la extensión y límites de la tutela, según el grado de incapacidad de aquéllos.

Contiene este artículo dos partes. En la primera se indica la calidad del procedimiento aplicable á estos casos, y en la segunda se establece una regla de graduación altamente importante, aunque limitada á los sordomudos.

Respecto del procedimiento, discuten mucho los comentaristas del Código, fundándose en la vaga indicación que hace el artículo que comentamos. Verdad es que no acota, entre los diversos procedimientos sumarios, cuál sea el aplicable directamente á la cuestión de incapacidad, y que esto puede dar margen á interpretaciones diversas. En rigor, estas interpretaciones se originan de suponer que lo dispuesto en la sección á que pertenece este artículo del Código deroga, desde luego y en absoluto, lo que dispone la sección tercera del tít. 3.º y libro 3.º de la ley de Enjuiciamiento civil; y así, hay quienes proponen el procedimiento correspondiente á las informaciones para perpetua memoria, y otros el de los incidentes. Ni lo uno ni lo otro procede, á nuestro juicio.

Aunque el Código hace necesaria una modificación en la ley de Enjuiciamiento civil sobre este punto, mientras no se verifique, persiste lo en ella mandado á título de disposiciones aplicables por inmediata analogía, á la propia materia que, fundamentalmente, es igual en el Código y en las leyes anteriores á que la de Enjuiciamiento se refiere.

Por otra parte, aun teniendo en cuenta la susodicha dero-

gación tácita, disposiciones hay en la citada ley que no pueden sufrirla de ese modo, puesto que son igualmente aplicables á la legislación presente; y en este caso se halla el artículo 1848, que taxativamente prescribe, para la declaración de incapacidad por causa de demencia, la forma sumaria de un antejuicio.

Mientras no se modifique, pues, la ley de Enjuiciamiento civil, el art. 1848 y otros análogos son aplicables, y se empleará el procedimiento breve y sumario observado hasta ahora, si bien llenando el requisito de oir al consejo de familia y de examinar el juez por sí mismo al presunto incapaz, conforme á lo prevenido en el art. 216.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Octubre de 1897, no se infringe el art. 218 del Código cuando se atribuye el valor de una declaración de incapacidad á un antejuicio para el nombramiento de tutor ejemplar, toda vez que ese artículo sólo exige un procedimiento sumarísimo, y no habiendo mediado opcsición, la declaración ha de surtir todos sus efectos mientras no se revoque en forma legal.

En la de 14 de Febrero de 1903, se declara que el procedimiento establecido por el Código en sus artículos 218 y siguientes, como establecido en ley posterior, deroga la ley de Enjuiciamiento civil en lo que ésta se halla en contradicción con el mismo. Si, pues, en el acto de jurisdicción voluntaria promovido para declarar la incapacidad de locos, dementes, etc., sobreviene oposición, debe ésta sustanciarse por los trámites sumarios de los incidentes, conforme al espíritu del art. 218, y no en juicio declarativo.

La derogación llevada á efecto por el Código en la ley de Enjuiciamiento civil, aun en materia puramente procesal y en cuanto contradiga sus preceptos, es principio proclamado por el Tribunal Supremo, no sólo en la sentencia citada, sino también en las de 12 de Junio de 1894, 3 de Diciembre de 1896 y 4 de Enero de 1902.

La segunda parte del artículo establece una oportuna gra-

duación respecto de la incapacidad de los sordomudos. Sabido es, en efecto, que los métodos pedagógicos utilizados hoy día para la educación y enseñanza de aquellos desgraciados, llevan á conseguir de ellos muchas veces resultados tan notables, que alcanzan á sustituir á la facultad de que naturalmente carecen. El sordomudo, aunque no sepa leer ni escribir, pues si sabe ambas cosas no está sujeto á tutela, puede adquirir, ó tener, naturalmente, cierto grado de capacidad que le permita en parte dirigir sus asuntos; y no sería equitativo que la declaración de incapacidad fuera para los que se hallen en este caso tan absoluta como para los que, por no haber remediado en lo posible su defecto, carecen en mayor grado de capacidad.

Medida tan previsora y justa queda, sin embargo, limitada al caso de los sordomudos. Parece, no obstante, que la misma causa en que se funda puede ocurrir tratándose de locos y dementes, puesto que son muchas y muy variadas las gradaciones de la insania mental. Así lo reconocen algunos Códigos extranjeros, como el francés; y en ello coincidían el Proyecto de 1851 y su comentador Goyena, aplaudiendo éste el artículo 285, en que se permite á los Tribunales que puedan, según los casos, ó declarar la incapacidad absoluta, ó prohibir al incapaz únicamente ciertos actos, como litigar, etc. Goyena apoyaba su parecer con un ejemplo. «Puede, en efecto, suceder—escribe—que una persona cuya interdicción se pide por causa de imbecilidad ó demencia, no aparezca hallarse en este estado; pero que resulte bien probado que por la debilidad de su espíritu ó por el ascendiente de alguna pasión, sea poco capaz de dirigir sus negocios. En tales circunstancias, el juez se vería embarazado si la ley no le permitiera usar de otro remedio que el de la interdicción.»

La extensión de esta facultad graduadora al caso de los locos parece tanto más lógica cuanto que se aplica la incapacidad aun á los que tuviesen intervalos lúcidos (art. 200); no siendo, por otra parte, difícil, dados los adelantos de la ciencia frenopática, diagnosticar con bastante seguridad la verdadera situación

de cada enfermo. El precepto del Código es, sin embargo, terminante: fuera del caso de los sordomudos, los Tribunales sólo podrán declarar, ó la improcedencia de la demanda, ó la incapacidad absoluta.

ARTÍCULO 219

Contra los autos que pongan término al expediente de incapacidad, podrán los interesados deducir demanda en juicio ordinario. El defensor de los incapacitados necesitará, sin embargo, autorización especial del consejo de familia.

Siguen en este artículo las disposiciones de carácter procesal. En el fondo concuerda con el 1848 de la ley de Enjuiciamiento civil, que manda se reserve á las partes el derecho que pueda asistirles en el juicio correspondiente. En cuanto á la intervención del consejo de familia, es natural, dada la organización de toda esta materia en el Código.

El art. 287 del Proyecto de 1851 permitía la apelación de la sentencia de incapacidad. ¿Procederá este recurso contra el auto de primera instancia que ponga término al expediente? Entendemos que sí, pues aunque dice el presente artículo que contra ese auto podrán los interesados deducir demanda en juicio ordinario, no prohibe la apelación, y debe seguirse la regla general, procediendo el juicio ordinario luego que sea firme dicho auto. Como ese expediente tiene el carácter de acto de jurisdicción voluntaria, habrán de aplicarse á este caso los arts. 1819 y 1820 de la ley de Enjuiciamiento civil, mientras no se haga en ella la reforma necesaria para ponerla en armonía con el Código.

ARTICULO 220

La tutela de los locos y sordomudos corresponde:

1.º Al cónyuge no separado legalmente.

2.º Al padre, y en su caso, á la madre.

3.º A los hijos.

4.° A los abuelos.

5.° A los hermanos varones y á las hermanas que no estuviesen casadas, con la preferencia del doble vínculo de que habla el núm. 4.° del art. 211.

Si hubiere varios hijos ó hermanos, serán preferidos los varones á las hembras y el mayor al menor.

Concurriendo abuelos paternos y maternos, serán también preferidos los varones; y, en el caso de ser del mismo sexo, los de la línea del padre.

Modifica el presente artículo á su equivalente en la ley de Enjuiciamiento civil, en el orden de preferencia de los llamados y en las circunstancias concurrentes en algunos.

La mencionada ley, en su art. 1849, daba, en efecto, prioridad al padre sobre la cónyuge y á los hijos sobre la madre; hablaba sólo de la mujer del incapaz, y no de ambos cónyuges sin distinción, y parecía admitir á las hermanas, aun en el caso en que no fuesen solteras. El motivo de la limitación que con respecto á este último caso establece el Código, se comprende fácilmente. Ya se hizo notar en el caso análogo del núm. 3.° del artículo 211. Por otra parte, según el art. 206, como la mujer casada queda sometida á la potestad del marido, esto constituye un obstáculo para la función de tutela.

El resto del artículo que comentamos concuerda con el 1850 de la citada ley. Fuera de esto, dos cuestiones de alguna importancia suscita su redacción.

Falta en él la palabra *legítima* añadida á la de tutela, como consta en el art. 211 para la de menores; y esta circunstancia ha hecho suponer á algunos que podría entenderse en el legislador la intención de considerar como *única* tutela de los locos y sordomudos la que ordena y determina el presente art. 220.

La cuestión, en realidad, es ociosa. Demasiado se ve que la falta de aquella palabra no puede atribuirse á una omisión intencionada. Lo prueba, en primer lugar, el hecho de que el artículo 220 pertenece al cap. 3.° que trata de la tutela legítima; en segundo lugar, la base 7.ª de la ley de 11 de Mayo de 1888,

que dice taxativamente: «La tutela de los menores, dementes y los declarados pródigos ó en interdicción civil, se podrá deferir por testamento, por la ley ó por el consejo de familia, etc...»; y finalmente, los arts. 206 y 207 reconocen el derecho al padre, á la madre y á un extraño, para nombrar tutor en testamento á los mayores incapacitados. Es posible, pues, la tutela testamentaria, y la que menciona el presente artículo tiene el carácter de legítima.

La segunda cuestión tiene más realidad. Nombrada la tutela legítima del incapacitado, si sobreviene luego la testamentaria, ¿adquirirá preferencia esta última?

Pueden ocurrir varios casos:

1.° El tutor testamentario es nombrado por el padre ó madre, viviendo el cónyuge del incapaz. Según el art. 210, debería transferírsele la tutela; pero adviértase que este artículo se refiere al tutor nombrado con anterioridad al legítimo, es decir, con fecha anterior, y por eso dice «si apareciere». Por otra parte, el cónyuge está ya en el ejercicio de la tutela, y si cumple bien sería injusto desposeerle cuando la relación que tiene con el incapaz lógicamente le llama á la guarda. Pero si el cónyuge falleciere, en vez de nombrar un nuevo tutor legítimo, entrará á ejercer su cargo el nombrado en testamento.

2.° El tutor es designado por el padre, ó la madre, en su caso, que murieron ejerciendo la tutela sobre el hijo incapaz. No hay cuestión. Habiendo cesado naturalmente el tutor legítimo, procede le reemplace el testamentario; si no, se haría ineficaz lo preceptuado en el art. 206.

3.° El tutor es nombrado por un extraño que deja herencia ó legado al incapaz. Si este nombramiento se hubiere hecho antes de declararse la incapacidad, parece, de un lado, que debía ser nulo, puesto que para que surta efecto legalmente requiérese la declaración; pero también es cierto que la voluntad del testador, á quien la incapacidad, aunque no declarada, podía constar de hecho, es manifiesta y debe atenderse, máxime cuando en realidad se ha adelantado á todos los otros. Admitiéndose

la validez del nombramiento, no tiene duda que obtendrá supremacía el tutor testamentario sobre los legítimos, aunque algunos vean en esto una anomalía enorme. La regla de precedencia de la tutela testamentaria debe aplicarse siempre.

4.º El nombramiento hecho después de la declaración de incapacidad, ó es anterior al nombramiento y posesión del tutor legítimo, ó posterior. En el primer caso, también se preferirá al testamentario; en el segundo, habrá de aguardar á que cese el ya nombrado.

Creemos, además, que lo preceptuado en el art. 210 puede tener aplicación, no sólo en su caso concreto, es decir, con referencia al tutor nombrado con anterioridad al legítimo, sino por analogía, en los mencionados y otros, para evitar cuestiones enojosas.

SECCIÓN TERCERA

DE LA TUTELA DE LOS PRÓDIGOS

ARTÍCULO 221

La declaración de prodigalidad debe hacerse en juicio contradictorio.

La sentencia determinará los actos que quedan prohibidos al incapacitado, las facultades que haya de ejercer el tutor en su nombre, y los casos en que por uno ó por otro habrá de ser consultado el consejo de familia.

Definía la ley de Partidas la cualidad de pródigo, diciendo (5.ª del tít. 11 y Partida 5.ª): «En latín, *prodigus* tanto quiere dezir en romance como desgastador de sus bienes»; es decir, dilapidador del patrimonio destinado casi siempre á proveer, además de sus individuales necesidades, las de personas colocadas por naturaleza ó ley bajo su protección. Realmente, en derecho, no puede llamarse pródigo á todo el que malgasta sus bienes, aunque de hecho entren todos en esa categoría, una vez que importa poco que sean ellos ó un tercero quien resulte afectado por

la prodigalidad y puesto que el daño es sustancialmente el mismo. Nuestras leyes exigen que la dilapidación perjudique al cónyuge ó á los herederos forzosos del que dilapida, para que éste pueda ser declarado pródigo; y, por tanto, se coloca, para establecer esta limitación sensata al derecho de propiedad, en el limitado punto de vista de los intereses de familia, y no en el de los más altos principios de derecho natural que niegan al propietario, contra la pretensión de los individualistas radicales, el uso absoluto y sin límites ni regla de sus bienes. Así es que el viudo ó soltero que carece de herederos forzosos no puede, como luego se verá, ser declarado pródigo.

El derecho romano consideraba á los pródigos como dementes; y siguiendo esta consideración, nuestras leyes anteriores al presente Código les privaban de la libre administración de sus bienes, nombrándoles un curador, sustituído ahora por un tutor.

De igual modo que ocurre con los locos, la primera é indispensable condición para que se considere pródigo á uno es la declaración judicial. El artículo que comentamos acude á esta exigencia, satisfaciendo hasta las últimas suspicacias de la precaución, rodeando la declaración citada de las mayores garantías posibles. Así ordena que se haga en juicio contradictorio, es decir, con audiencia del interesado y terminando con sentencia firme. Sigue en esto á la ley de Enjuiciamiento civil en su artículo 483, núm. 3.° El juicio contradictorio, pues, que indica el presente art. 221 será, en sus trámites, un juicio de mayor cuantía, cual corresponde por tratarse en él del estado civil y condición de una persona, sin que baste en ningún caso la información sumaria que respecto de los locos previene el art. 218 del Código, en consideración á la urgencia de la declaración.

Lo que no dice el Código es en qué actos habrá de fundarse la declaración. Queda este punto al arbitrio de los Tribunales, porque ciertamente es muy difícil fijar reglas generales, variando tanto como varían los casos concretos, por la especial y diferente situación de las personas. El Código de Portugal dice (ar-

tículo 340) que la prodigalidad debe ser *habitual*, es decir, continuada, añadiendo el comentarista Dias Ferreira: «La interdicción no se decreta por uno ú otro acto aislado de prodigalidad, sino cuando una serie de actos de despilfarro produce la justa sospecha de que el individuo disipe su fortuna; esto es, cuando la prodigalidad fuere *habitual*, cuando es norma y sistema de la vida del individuo» (1).

Téngase además en cuenta que la mala gestión en virtud de la cual puede haberse mermado mucho el patrimonio, como también muchas veces los gastos excesivos, no son prodigalidad. La jurisprudencia francesa exige que haya hechos actuales, precisos y nada equívocos.

¿Bastará la confesión en juicio para fundar la declaración legal de prodigalidad? La cuestión no es ociosa si se tiene en cuenta que, además de estar reconocida la confesión como medio de prueba en el Código y en la ley de Enjuiciamiento, algunos Códigos, como el mejicano (art. 479), han creído de necesidad prevenir dudas legales negándole valor en el juicio relativo á la prodigalidad. Nuestro Código se abstiene en esta materia, y la omisión de un precepto negativo análogo al que acabamos de citar puede hacer creer que cabe aceptar la confesión de parte, ó lo que es lo mismo, el allanamiento á la demanda. Se alega en contra que de este modo dejaría el juicio de ser *contradictorio*, como exige el art. 221; argumento, en verdad, de poca solidez, puesto que lo propio sucede en todo juicio en que se produce el allanamiento, y la ley lo acepta sin embargo. Otra fuerza tiene el argumento de que es la cuestión de prodigalidad harto seria y transcendental á todos los actos de la vida para que baste á decidirla la declaración del interesado, que no la decide en el caso del loco, v. gr.; y, además, que si se admitiese quedarían sin discutir los hechos alegados, y faltos de prueba objetiva que propiamente los justifique, de modo que la sentencia se apoye y valga de ellos como de base firmísima. Recuérdese, ade-

(1) *Código civil portuguéz annotado*, vol. 1.º, pág. 345.

más, la cualidad que la razón exige (como lo hacen concretamente el Código portugués y su comentarista) á los hechos en que se quiera fundar la prodigalidad, y resultará que parece clara la contestación negativa á nuestra pregunta. No debemos ocultar, sin embargo, que tenemos por dudoso este caso, el que habrán de resolver los Tribunales, según las circunstancias que concurran, y teniendo presente que, según el art. 1232 del Código, la confesión no hace prueba contra su autor cuando por ella pueda eludirse el cumplimiento de las leyes

En cuanto á las limitaciones de la interdicción que permite el segundo párrafo del artículo, obedecen al mismo criterio que en el caso del sordomudo, y aun tienen aquí mayor motivo. La manera especial de cada caso hará peligrosa la libertad de unos actos é indiferente la de otros.

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Febrero de 1904, desenvuelve la idea del artículo 221 y le relaciona con otros. Según el tercer considerando de la misma, «la declaración de prodigalidad no lleva consigo necesariamente la incapacidad del demandado para todos los actos de la vida civil, ni aun siquiera para todos los que se relacionan con los bienes, ya porque según el art. 224 del Código, aquella declaración no le priva de la autoridad marital y paterna, ya porque el 221 dispone que en la sentencia se determinen los actos que se le prohiban, quedando, por lo tanto, circunscrita su incapacidad á éstos solamente; y si bien, á tenor de lo prevenido en el 200 y en el 225, los pródigos están sujetos á tutela, y los tutores de los mismos han de administrar los bienes de sus hijos nacidos en matrimonio anterior, ó sean los de los huérfanos de madre, debe entenderse, para poner en armonía unos preceptos con otros, que la tutela y administración legal se refieren á los actos que expresamente se hubieren prohibido en la sentencia firme, y no á los demás, respecto de los cuales subsiste la capacidad jurídica del pródigo».

ARTÍCULO 222

Sólo pueden pedir la declaración de que habla el artículo anterior el cónyuge y los herederos forzosos del pródigo, y por excepción el Ministerio fiscal, por sí ó á instancia de algún pariente de aquéllos, cuando sean menores ó estén incapacitados.

El concepto que de la prodigalidad como un mal tiene el Código, se refleja, según ya indicamos, en el presente artículo. Las únicas personas á quienes directamente puede perjudicar el pródigo, al parecer, son su cónyuge y los herederos forzosos. Por eso son ellos los que han de pedir la declaración de prodigalidad, y sólo en su nombre podrá hacerlo el Ministerio fiscal cuando sean menores ó estén incapacitados. De aquí se deduce que, como decíamos, si el pródigo es soltero ó viudo y no tiene herederos forzosos, no podrá declararse su prodigalidad, y quedará libre para derrochar su fortuna y reducirse á la pobreza. La verdadera justicia, que va siempre de par con la moral, no puede satisfacerse con esta conclusión; pero la ley, por otras consideraciones no menos atendibles, no tiene ni debe tener más alcance que el indicado.

Si el derroche afectara á terceras personas que no fuesen el cónyuge ni los herederos forzosos, ¿sería conveniente que se autorizara la declaración de prodigalidad?

Así parece entenderlo algún comentarista, en estos dos casos: cuando el pródigo hubiese recibido una herencia ó legado con la obligación de entregar cierta pensión mensual (se entiende acotada en números), y derrochase los bienes de modo que peligrase el cumplimiento de la obligación; y cuando la disposición testamentaria le impusiera la obligación de invertir determinadas cantidades periódicamente en obras benéficas, como dotes para doncellas pobres, etc. Sin negar la conveniencia que tal vez tuviera la declaración de prodigalidad, observemos tan sólo que para exigir y lograr el cumplimiento de aquellas obligaciones,

tienen los interesados, y el Ministerio fiscal, otros medios que les concede la ley Hipotecaria y la de Enjuiciamiento civil, y de que ya cuidarán, sobre todo los primeros de valerse; además de los casos en que el incumplimiento tenga ya carácter más grave, comprendido en el Código penal.

Por el mismo principio que el art. 222 establece, resulta que cuando el pródigo deje de tener cónyuge ó herederos forzosos, cesarán los efectos de la sentencia de prodigalidad, porque entonces ya no existen las personas en cuyo beneficio se dió.

ARTÍCULO 223

Cuando el demandado no compareciere en juicio le representará el Ministerio fiscal, y si éste fuera parte, un defensor nombrado por el Juez, sin perjuicio de lo que determine la ley Enjuiciamiento civil sobre los procedimientos en rebeldía.

Obedece este artículo, análogo en parte á otros del Proyecto de 1851, al propósito de rodear de las mayores garantías la sentencia declaratoria de prodigalidad, á fin de evitar los abusos posibles. El art. 221 ya dice, con insistencia bien significativa, que debe decidirse la declaración en «juicio contradictorio», y claro es que éste no tendría pleno efecto si, faltando en autos la persona del demandado, no la representase, ora el Ministerio fiscal, ora el defensor, cargo análogo al señalado en el art. 215.

Esta manifiesta intención del legislador, parece contradecirse con lo declarado en la última oración del artículo, puesto que el primer efecto de la rebeldía, según el art. 281 de la ley de Enjuiciamiento civil, es que no se vuelva á practicar diligencia alguna en busca del rebelde, y que las providencias, emplazamientos y citaciones que luego ocurrieren, se notifiquen y ejecuten en los estrados del juzgado ó tribunal. Pero no existe tal contradicción, sino el propósito de garantizar la justicia de una declaración de esa importancia y transcendencia. Si el supuesto pródigo llega á un estado tal de indolencia que abandona su pro-

pia defensa no compareciendo en el juicio después de emplazado en forma, se le declarará en rebeldía, conforme á la ley de Enjuiciamiento civil, como á cualquiera otro demandado que se coloque en esa situación; y sin perjuicio de esto y de notificársele todas las providencias en estrados, atiende la ley de oficio á su defensa mandando que, además, sea representado en el juicio por el Ministerio fiscal, y si éste lo hubiere promovido, por un defensor nombrado por el juez en la forma indicada en el comentario del art. 215. Esta representación no será obstáculo para que como medida preventiva se acuerde la retención y embargo de bienes, que permite el art. 762 de la citada ley, respecto de todo demandado que se constituye en rebeldía, cuya medida evitará en este caso que el pródigo siga derrochando su caudal. No se podrá adoptar esa medida cuando éste comparezca en el juicio; pero podrá suplirse respecto de los inmuebles con la anotación preventiva de la demanda en el Registro de la propiedad.

ARTÍCULO 224

La declaración de prodigalidad no priva de la autoridad marital y paterna, ni atribuye al tutor facultad alguna sobre la persona del pródigo.

La disposición que contiene este artículo es una consecuencia del carácter puramente económico que para el Código ofrece el hecho de la prodigalidad. Las consecuencias, por tanto, han de ser congruentes con este carácter; y aun tendrán alcance distinto, según la apreciación que, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 221, haga la autoridad judicial sentenciadora.

El tutor, pues, limitará sus funciones á las de administración de los bienes, conforme al tenor de la sentencia, y habida consideración á lo que se dice en el siguiente art. 225; pero no ejercerá nunca sobre el pródigo un poder personal que le autorice á ciertos actos, como v. g., puede ejercerlos un padre ó el tutor de menores.

Por su parte, el pródigo conserva todos sus derechos personales como marido y como padre; y así, la mujer y los hijos habrán de sujetarse á lo que respectivamente les está referido en la sección 4.ª, capítulo 1.º, título 4.º del presente libro, y en el capítulo 2.º, título 7.º del mismo, y en otros lugares del Código. Respecto de sus propios bienes, ya provee lo que ha de hacerse el citado art. 225; y así, los hijos necesitarán siempre del consentimiento de su padre para el matrimonio; pero se verán libres de su gestión por lo que toca á los peculios.

La diferencia entre este caso y el del loco ó demente es bien manifiesta. Aunque el derecho romano viese en el pródigo un caso de locura, era sólo en el sentido legal, ó sea por lo que hace á sus consecuencias jurídicas; pero, incluso si pudiera suponerse que el pródigo es loco, ó está perturbado por lo que toca al sentido económico de su vida y al uso de sus caudales, siempre resultará que para las demás funciones y actos no concurre esta falta de razón, y, por tanto, la tutela nada tiene que hacer en ellos. Por eso rige aquí el principio romano que dice: *officium curatoris in administratione negotiorum constat, curator solam rei familiaris sustinet administrationem*. Quedan con esto derogadas las limitaciones de carácter personal que las Partidas imponían al declarado pródigo, tales como la de no poder ser testigo en testamento (ley 9.ª, tít. 1.º, Partida 6.ª), ni otorgar el suyo propio (13 del mismo título y Partida), etc.

ARTÍCULO 225

El tutor administrará los bienes de los hijos que el pródigo haya tenido en anterior matrimonio.

La mujer administrará los dotales y parafernales, los de los hijos comunes y los de la sociedad conyugal. Para enajenarlos necesitará autorización judicial.

Completa el Código en este artículo la doctrina expuesta en el anterior, y no puede ser más lógico lo que prescribe. Debe el tutor administrar los bienes del pródigo; pero viviendo la mujer es muy justo que á ella corresponda la administración de sus

bienes propios (dotales y parafernales), los de la sociedad conyugal, que por mitad le corresponden, y los de los hijos, sobre quienes, en defecto del padre, ha de tener la potestad. No sucede lo mismo respecto de los hijos habidos en anterior matrimonio del pródigo, porque la condición de madrastra que tiene para ellos la mujer, requiere ciertas prevenciones: éstas consisten en atribuir la gestión de sus bienes al tutor.

En los bienes de los hijos comunes se comprenden todos los peculios, incluso aquellos cuyo usufructo, según el art. 160, corresponde al padre, ó á la madre, que tengan al hijo en su potestad y compañía. Ahora bien; el padre de familia que es declarado pródigo, sigue, no obstante, como hemos visto, en estas condiciones: ¿le seguirá también correspondiendo el usufructo? Nada dice el Código expresamente; pero es fácil deducir la respuesta, considerando de una parte que la administración de esos bienes recae en la mujer, y de otra, que el usufructo aludido es como una remuneración de los afanes de los padres y una derivación de la tenencia de los bienes, cosas ambas que se concretan en la madre en este caso. Es posible, sin embargo, que la amplitud concedida á los Tribunales en el art. 221 para el efecto de la sentencia, dé lugar, según los casos, á distintas resoluciones tocante á este punto. El Proyecto de 1851 daba resolución contraria, á nuestro parecer: atribuía desde luego al curador la administración de los bienes de los hijos menores del pródigo, pero dejaba al padre «el usufructo en los que lo tuviese». García Goyena no daba explicación alguna de este derecho reconocido al padre; pero adviértase que en el citado Proyecto la mujer no tenía, en el caso de prodigalidad, la intervención que hoy le asigna el Código, limitándose sus atribuciones á la administración de su dote (art. 305). Los códigos extranjeros se limitan, por lo general, á fijar los actos que pueden prohibirse al pródigo, sin hacer referencia á los usufructos de que hablamos y cuya atribución normal al padre se hace en su lugar taxativamente (V. Código francés, art. 513, y Código italiano, artículo 339).

Véase al final del comentario del art. 221 la doctrina establecida sobre el particular en la sentencia de 17 de Febrero de 1904.

El Código no se olvida de establecer garantía tocante á los bienes que caen bajo la administración de la mujer. Al efecto, exige para su enajenación licencia judicial. El procedimiento para obtenerla es el indicado en los arts. 2011 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil.

Téngase, por último, en cuenta que el párrafo primero del artículo que comentamos (el cual párrafo, claro es, se refiere sólo á los hijos menores), establece una segunda tutela al lado de la del pródigo; y que, por tanto, respecto de ella habrán de tenerse en cuenta las reglas de la tutela de menores, apreciándose su existencia para todos los efectos que en su caso ocurran.

ARTICULO 226

Los actos del pródigo anteriores á la demanda de interdicción no podrán ser atacados por causa de prodigalidad.

La forma negativa del presente artículo supone una contraria positiva, que si no está consignada en el Código, se autoriza lógicamente y aun en la historia de nuestro derecho. El Proyecto de 1851 decía, efectivamente, que los actos del pródigo que *han mediado entre la demanda y la ejecutoria*, podrán ser atacados por causa de la prodigalidad, «cuando manifiestamente adolezcan de aquel vicio, ó cuando el tribunal haya nombrado administrador interino» (art. 301). Aparte de las condiciones que allí se exigían, y en las cuales insiste el comentador García Goyena, observa éste que el caso ocurrirá rara vez, puesto que lo ordinario «es proceder al nombramiento de un administrador interino, y desde entonces todos los actos del pródigo son nulos». El Código prescinde de ese administrador y de las condiciones indicadas. Puede, según él, contratar el pródigo libremente en el tiempo que media desde la interposición de la demanda á la sen-

tencia, puesto que aun no se ha declarado la prodigalidad; y cabe que se pregunte: ¿será posible que esa sentencia tenga efecto retroactivo, amparándose de ella para anular los actos del pródigo ejecutados desde la interposición de la demanda? Puesto que el Código no lo prohibe, parece lícita la afirmativa; pero será necesario, para obtener contra un tercero la nulidad de esos actos, en cuanto á bienes inmuebles, haber llenado el requisito de la anotación preventiva de la demanda de incapacidad en el Registro de la propiedad conforme á la ley Hipotecaria.

Parece, de todos modos, que las condiciones de los actos atacables que consignaba el art. 301 del Proyecto de 1851 deberán tenerlas en cuenta los tribunales, puesto que es posible que el pródigo haya realizado actos referentes á sus bienes, en los que no aparezca la nota de prodigalidad; v. gr., si ha vendido un inmueble para atender á necesidades perentorias y racionales de su vida. El alcance de la anulación también podrá variar, según los casos; por ejemplo (como dice un comentarista), cuando hubiere verificado una venta de acciones y valores é invertido su importe en una donación. Este último acto podrá anularse, pero la venta lo será ó no, y aun convendrá diversamente una cosa ó la otra, según la forma y el precio en que, dados los vaivenes del mercado, se hubiere hecho.

ARTÍCULO 227

La tutela de los pródigos corresponde:

1.º Al padre, y en su caso, á la madre.
2.º A los abuelos paterno y materno.
3.º Al mayor de los hijos varones emancipados.

El presente artículo no sólo se aparta del orden establecido para la tutela de los locos y sordomudos en el art. 220, sino que representa una modificación radical del criterio que dominaba en nuestros jurisconsultos cuando hubo de redactarse el Proyecto de 1851. Según éste, en efecto, sólo podría ser tutor legítimo, ó

de derecho, del pródigo, el padre; faltando éste, procedía la tutela dativa nombrada por el consejo familiar, el cual *podía* hacer recaer su nombramiento en la madre (art. 302).

Las razones que abonaban entonces la adopción de este criterio, y que pueden verse en el comentario de García Goyena, no tienen ya fuerza, dado el sistema general del Código. Desde el momento que se reconoce á la madre la potestad sobre los hijos, viene á tener igual derecho que el padre para la tutela legítima del pródigo.

La exclusión del hijo y de la mujer, razonábala el citado García Goyena en estos términos: «pueden, sin ofensa de la piedad y el decoro, ser curadores del marido ó padre locos; pero ¿cómo serlo de los pródigos? Esto sería una escandalosa perturbación de los respetos naturales en el hijo, y además la discordia en el matrimonio». No pueden hoy repetirse estos argumentos. La mujer no interviene en la tutela, pero se encarga de la administración de sus bienes y los de los hijos, á tenor del artículo 225. En parte, así ocurría en el Proyecto de 1851 (artículo 305).

En cuanto al hijo, adviértase, en primer lugar, que, según los artículos 224 y 225, la tutela del pródigo deja á salvo las relaciones personales y se limita á la administración de ciertos bienes, no habiendo, pues, otra subordinación ni dependencia, de parte del padre, más que la económioa, perfectamente justificada. Que aun ésta produzca resentimientos y «discordia en el matrimonio», no podrá evitarse; pero ¿qué remedio, si es el único para evitar un mal mayor? Por otra parte, se coloca al hijo en último lugar y se le exige la condición de emancipado, indispensable, además, dado lo prescrito en el art. 224, que conserva la patria potestad respecto de los hijos menores.

Nótese, para concluir, que si ocurre la aplicación del párrafo primero del art. 225, el hermano mayor vendrá á ser tutor, en punto á los bienes, de sus hermanos menores de doble vínculo como autoriza el núm. 4.º del art. 211. Por esto, y también por la relación que se establece respecto del padre, debe entenderse

que la emancipación del hijo llamado á la tutela ha de ser la legal por cumplimiento de la mayor edad. En cuanto á la exclusión de las abuelas (que son llamadas por el citado art. 221 á la tutela de los menores), sólo se explica por el temor de que, dada la condición de mayor que tendrá siempre el pródigo, y la debilidad y achaques de la avanzada edad de ellas, carezcan de autoridad bastante para resistir á los caprichos de aquél.

Una última cuestión nos queda que tratar respecto del pródigo, á saber: cuándo concluye su tutela. El Código contesta en términos generales en el art. 278, diciendo que concluye cuando cesa la causa que la motivó, es decir, cuando el defecto de prodigalidad se ha curado en la persona que lo padecía, cosa que únicamente el transcurso del tiempo, dando lugar á una conducta contraria y explícita en hechos bien patentes y habituales (como se piden para la declaración de prodigalidad), puede probar. Cuando estos hechos existan, y como base de ellos la desaparición del defecto que promovió la interdicción, podrá el declarado pródigo pedir que cesen los efectos de éste, es decir, que se deje sin efecto la sentencia, levantándose la interdicción.

El plazo transcurrido entre la fecha en que se dió y la en que se solicite su anulación, no puede ser indiferente, puesto que no se reforma en un mes defecto de tanta monta y arraigo en el carácter, como es la prodigalidad. Por esto algunos códigos fijan un plazo antes del cual no puede pedir el pródigo que cese la tutela. Este plazo es de tres años en el Código de Méjico y de cinco en el de Portugal. El artículo correspondiente de este último es muy completo. «El pródigo, pasados cinco años (dice) podrá requerir el levantamiento de la interdicción, y así se ordenará, conviniendo en ello el consejo de familia y el ministerio público. Si el pródigo no obtuviese el levantamiento de la interdicción, podrá pedirlo de nuevo hasta que le sea concedido, con tal de que entre cada negativa y la nueva petición que hiciere, medie un intervalo de cinco años por lo menos» (art. 352). No hubiera estado demás que nuestro Código fijara un plazo análogo, dictando reglas particulares sobre este punto. A bien que en esto

de los plazos, cuando se trata de corección de faltas, defectos ó desviaciones de carácter, todo término fijo resulta arbitrario. El hecho, en lo que tiene de psíquico, escapa á toda previsión acotada.

SECCIÓN CUARTA

DE LA TUTELA DE LOS QUE SUFREN INTERDICCIÓN

La interdicción civil—dice un ilustre jurisconsulto moderno—es el «estado de una persona á quien judicialmente se ha declarado incapaz de los actos de la vida civil y privada y de la administración de su persona y de sus bienes». El concepto, por tanto, abraza todos los casos en que estos efectos se producen, ya sea la causa de carácter propiamente civil, ya penal. Así lo indica á continuación el mismo autor cuya definición hemos copiado; é igual sentido es de apreciar en el Proyecto de 1851, que llama «interdicción» tanto á la privación que se sigue de la sentencia de prodigalidad, como á la que se origina de ciertas sentencias penales (1).

El Código restringe esta lata aplicación de la palabra, y se refiere, en los artículos que vamos á comentar, á la interdicción incluída como pena accesoria en ciertas condenas de carácter criminal; tales son la cadena perpetua (art. 54 del Código penal) y la cadena temporal (art. 57). Así entendida, relaciónase la interdicción con la antigua «muerte civil» que prescribió la ley de Partidas, inspirándose en el derecho romano. Aplicábase aquélla á los llamados *siervos de la pena* y á los *deportados*, los cuales, unos y otros eran tenidos como muertos «quanto á la honra é la nobleza de este mundo», quitándoles consiguientemente todo derecho, incluso el de testamentifacción activa (2).

Tan inhumanos é injustos efectos templáronse en la ley 4.ª

(1) Muchos códigos extranjeros hacen lo propio, aplicando también la palabra al caso de los locos y de los sordomudos: v. g., el portugnés y el italiano. El Código alemán aplica la interdicción á la locura é imbecilidad, á la prodigalidad y á la embriaguez.

(2) Ley 2.ª, tit. 18, Partida 4.ª

de Toro, según la cual podía el condenado á muerte civil «facer testamento y codicilos ó otra cualquier voluntad, ó dar poder á otro que lo faga, como si no fuese condenado; el cual condenado y su comisario puedan disponer de sus bienes, salvo de los que por tal delito fuesen confiscados...» Esta ley pasó á ser, íntegra, la 3.ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación; pero en este mismo Cuerpo legal se contiene otra, la 7.ª, tít. 40 del libro 12, que es la pragmática de 12 de Marzo de 1771, en la cual queda abolida la muerte civil, al hacer desaparecer la perpetuidad de las penas.

El primer Código penal de 1848 estableció ya la interdicción civil en la forma moderna, como pena accesoria, y así hubo de pasar al vigente de 1870: según su art. 43, consiste en la privación de los siguientes derechos: de patria potestad, tutela y curaduría, participación en el consejo de familia, autoridad marital, administración de bienes y disposición de los propios por actos entre vivos, salvo las limitaciones que á veces se prescriben. Esta doctrina se completó con la ley de 18 de Junio de 1870, á que hoy sustituye el Código.

En el fondo y, desde luego, en la intención, es debido que así sea. La interdicción no es pena en el sentido de castigo; es una consecuencia lógica de la perturbación intelectual y volitiva de que el penado ha dado muestras con su conducta, y que le hacen temporalmente inepto para el ejercicio de aquellos derechos. A la vez, como decía Escriche, es «un beneficio dispensado á su familia y á otras personas inocentes, puesto que evita el abuso que podía hacer el penado de los derechos de que se le priva, en perjuicio de estas personas».

Resulta siempre que el que sufre la interdicción civil viene á quedar en una posición de minoridad, que exige, respecto de él, una función tutelar; y como á la vez quedan las personas que de él dependen sin su natural guardador, hay que proveer á las necesidades y situación de éstas.

A este doble fin responde la tutela y disposiciones especiales que forman esta sección.

Los códigos extranjeros son, por lo general, más rígidos que el nuestro, siguiendo la tradición antigua. El francés privaba al penado de la propiedad de los bienes que poseía, pasando éstos á los herederos legítimos, y de la testamentifacción pasiva; pero la ley de 31 de Mayo de 1854 derogó el art. 25 del Código napoleónico, que era el que reglamentaba la muerte civil, conservando tan sólo una interdicción especial para ciertos condenados.

ARTÍCULO 228

Cuando sea firme la sentencia en que se haya impuesto la pena de interdicción, el Ministerio fiscal pedirá el cumplimiento de los artículos 203 y 293. Si no lo hiciere, será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan.

También pueden pedirlo el cónyuge y los herederos abintestato del penado.

Disponen respectivamente los arts. 203 y 293, á que se refiere el presente, que los jueces municipales proveerán al cuidado de las personas sujetas á tutela y de sus bienes muebles, hasta el nombramiento de tutor; y que una vez sabida por el Ministerio fiscal ó el juez municipal la existencia de alguna persona que deba estar sujeta á tutela, pedirá el primero, y ordenará el segundo, la constitución del consejo de familia.

Al Ministerio fiscal se le prescribe, pues, en el art. 228 que comentamos, esta doble obligación; avisar al juez municipal de la residencia del penado la interdicción recaída y el deber que tiene de cuidar provisionalmente de los bienes y demás derechos de aquél; y pedir que el propio juez ordene cuanto antes la constitución del consejo, para que sea nombrado el tutor que por ley corresponde. En la primera edición del Código se simplificaban estos trámites, diciendo que el Ministerio fiscal debía pedir inmediatamente el nombramiento de tutor; pero se ha creído luego que la intervención directa en este asunto compete más bien al

juez municipal. De este modo la misión de aquél queda reducida á excitar á éste para el cumplimiento de su función. Claro es que los fiscales á que se refiere este artículo han de ser los de los tribunales sentenciadores, únicos que conocen directamente la sentencia dictada. El conducto por donde deben dirigirse á los jueces municipales, podrá ser el propio tribunal, que es el competente para hacer ejecutar la sentencia con todos sus efectos, ó prevenir al fiscal municipal que haga la petición indicada.

La sanción que se impone al Ministerio fiscal por incumplimiento es igual á la que se señala para los jueces en el artículo 203.

En cuanto á las personas mencionadas en el párrafo segundo, bien se ve que se establece respecto de ellas un derecho y no un deber, del que usarán cuando lo estimen conveniente, concurriendo con la excitación fiscal, ó supliéndola, en su caso.

ARTÍCULO 229

Esta tutela se limitará á la administración de los bienes y á la representación en juicio del penado.

El tutor del penado está obligado además á cuidar de la persona y bienes de los menores, ó incapacitados que se hallaren bajo la autoridad del sujeto á interdicción, hasta que se les provea de otro tutor.

La mujer del penado ejerce la patria potestad sobre los hijos comunes mientras dure la interdicción.

Si fuere menor, obrará bajo la dirección de su padre, y, en su caso, de su madre, y á falta de ambos, de su tutor.

Ya hemos visto en las observaciones preliminares de esta sección cuáles eran los derechos, cuyo ejercicio quedaba limitado para el que es condenado por sentencia firme á la pena de interdicción civil. El presente artículo se refiere á ellos, por lo que toca á las funciones del tutor, que reduce á estos dos puntos: la administración de los bienes, y la representación en juicio del

penado. Teniendo en cuenta, además, los párrafos siguientes, por los cuales se ve que también queda éste privado de la patria potestad, pudiera creerse que la sentencia de interdicción produce sólo estos tres efectos. No es así ciertamente; produce todos los que se relacionan con la capacidad civil, determinados expresamente en el Código penal y en otros artículos del civil, que por no corresponder á la materia de tutela no se incluyen en esta sección. Creemos, sin embargo, conveniente, para que se comprenda bien cuál es la situación del penado y las facultades que ha de ejercer el tutor tocante á los bienes y demás particulares, hacer un resumen numerado de las consecuencias que la sentencia referida trae consigo; son estas:

1.ª Pérdida de la patria potestad, de la facultad de ser tutor, de la de formar parte del consejo de familia, de la autoridad marital y de la administración y disposición de los bienes por actos intervivos (art. 43 del Código penal).

2.ª Incapacidad para ser testigo en testamento (núm. 7.° del art. 681 del Código civil).

3.ª Motivo de desheredación (art. 853, causa 4.ª)

4.ª Incapacidad para ser albacea, como consecuencia de no poder contratar ni personarse en juicio.

5.ª Causa legal de divorcio (art. 105, causa 6.ª)

6.ª Separación de los bienes de ambos cónyuges, bastando para decretarla la presentación de la sentencia firme en que se imponga la condena, y, por tanto, la disolución de la sociedad de gananciales (arts. 1433 y 1434). Si el que sufre la condena es el marido, la mujer adquiere la administración de todos los bienes del matrimonio y el derecho á todos los gananciales ulteriores (art. 1436).

7.ª Incapacidad para ser comerciante, y causa de disolución de las compañías colectivas y en comandita (arts. 13 y 222 del Código de Comercio).

8.ª Prohibición de presentarse en juicio (artículo presente y el 2.° de la ley de Enjuiciamiento civil), y de ejercitar la acción penal (art. 202 de la de Enjuiciamiento criminal).

9.ª Inscripción de la sentencia, en cuanto á los bienes, en los Registros de la propiedad de los partidos en que los tuviese el penado (art. 995 de la ley de Enjuiciamiento criminal, y artículos 2.º, núm. 4.º, 15, 42, 43 y 73 de la ley Hipotecaria). Por Resolución de la Dirección general de los Registros de 13 de Agosto de 1863, se dispuso la creación de un libro especial, en que anotarán los registradores los nombres de los incapacitados para disponer de sus bienes futuros por causa de interdicción.

10. Anotación de la sentencia al margen de la partida de nacimiento del Registro civil (art. 60 de la ley de 17 de Junio de 1870).

En vista de todas estas disposiciones, se comprenderá que las funciones del tutor no son iguales en todos los casos. Si el penado es casado, la administración de los bienes del matrimonio, así como la patria potestad sobre los hijos comunes, pasan á la mujer; y al tutor quedará sólo la administración de los bienes privativos del marido, y la representación en juicio de éste. Si es viudo con hijos menores, cumplirá el tutor con lo que dice el párrafo segundo de este artículo, esto es, cuidará de la persona y bienes de tales hijos hasta que se les provea de tutor. De igual manera se conducirá cuando el sujeto á interdicción, sea cualquiera su estado, tuviere bajo su potestad, en calidad de tutor, á menores ó incapacitados. Finalmente, cabe la aplicación del repetido párrafo con respecto á los hijos del anterior matrimonio del marido.

Tocante á la intervención de la mujer no hemos de añadir nada á lo ya mencionado. Cuando hubiere hijos comunes tendrá sobre ellos la patria potestad; y también administrará, con arreglo á los arts. 1436 y 1441, todos los bienes del matrimonio, ganando para sí los gananciales si hubiere pedido la separación de bienes, á lo cual le autoriza el art. 1433.

Fuera de estas aclaraciones, creemos que el art. 229 no suscita cuestión alguna. La que proponen algunos autores acerca de la posibilidad de que el sujeto á interdicción pueda reconocer

legalmente á sus hijos naturales tiene obvia resolución, puesto que lo prohibido por la sentencia, ó, mejor, el derecho cuyo ejercicio suspende, es el de patria potestad, pero no las relaciones de filiación, que, sobre todo en este caso, en que su reconocimiento produce un bien, no deben ser restringidas. Al hijo reconocido le queda siempre el derecho de combatir el reconocimiento cuando llegue á la mayor edad.

ARTÍCULO 230

La tutela de los que sufren interdicción se defiere por el orden establecido en el art. 220.

Esta tutela se confiere á las mismas personas que la de los locos y sordomudos, determinadas en el art. 220, y por el orden en él establecido; véase, por tanto, el comentario de dicho artículo.

La primera persona de las llamadas á la tutela de los sujetos á interdicción es el cónyuge no separado legalmente. Podrá suceder que éste sea menor de edad, y en tal caso ocurre para algunos la duda de si deberá conferírsele la tutela, con la obligación de obrar bajo la dirección de su padre ó de su madre, y, en defecto de ambos, de la de un tutor, que lo sería de los dos cónyuges, conforme á lo prevenido en los dos últimos párrafos del artículo anterior 229, ó si lo procedente será conferir la tutela á las otras personas designadas en el art. 220. Esto último es lo que creemos conforme al Código, y tiene en su apoyo el precedente de la ley de 18 de Junio de 1870, que concedía á la mujer la curatela del marido sujeto á interdicción, sólo en el caso de que ella fuese mayor de edad.

El menor que está sujeto á tutela no puede ser tutor de otro, según el núm. 1.° del art. 237, y las disposiciones citadas del 229 no son aplicables al caso, puesto que se limitan á determinar los derechos de la mujer del penado con relación al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos comunes. Por consiguiente,

cuando sea menor de edad la mujer del sujeto á interdicción, aquélla ejercerá la patria potestad en la forma antedicha, y se nombrará á éste un tutor conforme al art. 220 para la administración de los bienes particulares del penado y su representación en juicio.

CAPITUTO IV

De la tutela dativa

Se ha entendido generalmente por tutela dativa aquella que tiene su origen en el nombramiento judicial, considerándola como subsidiaria de la que nombra el padre en testamento, y como un deber por parte del Estado de no dejar en desamparo á los huérfanos menores de edad y á las personas en quienes concurre alguna incapacidad de las que son causa de tutela. En este concepto la han reconocido todas las legislaciones, desde la romana, con mayor generalidad aún que á la legítima, que ni el Código holandés, como es sabido, ni el de Vaud, ni los Fueros aragoneses, quisieron admitir.

Aunque la razón de esta forma de tutela subsiste del mismo modo, no puede decirse que su concepto sea hoy día, en nuestra legislación, enteramente como antes se hubo de entender y formular. No puede decirse ya, en efecto, que tutela dativa es la nombrada por el Juez, puesto que es el consejo de familia quien ahora la nombra. Quedan, por tanto, para caracterizarla, estas dos notas: primera, que es subsidiaria de la testamentaria y la legítima; segunda, que puede recaer en cualquiera persona que tenga capacidad, pero sin sujeción á orden alguno, como en las anteriores; tercera, que la elección de esta persona corresponde al consejo de familia.

Estos tres caracteres, que forman la doctrina moderna sobre la tutela dativa, están determinados en los dos artículos de este capítulo, cuya explicación y comentario vamos á hacer.

ARTÍCULO 231

No habiendo tutor testamentario, ni personas llamadas por la ley á ejercer la tutela vacante, corresponde al consejo de familia la elección de tutor en todos los casos del art. 200.

Tres puntos capitales fija este artículo: cuándo procede la tutela dativa, en provecho de quiénes se nombra, y á quién corresponde la facultad de elegirla. Examinémoslos por su orden.

Cuándo procede.—La ley 2.ª, tít. 16, Partida 6.ª, decía á este propósito: «quando el padre no dexa guardador á su fijo, nin ha pariente cercano que lo guarde: ó si lo ha, es embargado de manera que non lo puede ó non lo quiere guardar...» Concordaba así, en parte, con el derecho romano, según el cual procedía la tutela dativa *si cui nullus omnino tutor fuerat*, incluyendo el caso de que la tutela testamentaria estuviese impedida ó hubiese cesado por muerte, excusa ó remoción del tutor; de modo que la ley del Digesto resulta más completa que la de Partidas, en la cual no se hace referencia á la excusa ni á la remoción. El Proyecto de 1851 acudió á remediar esta falta, diciendo (artículo 184) que la tutela dativa tenía lugar: «1.°, cuando por cualquiera causa cese el tutor testamentario después de la muerte del que lo nombró: 2.°, en los casos en que, debiendo tener lugar la tutela legítima, falten todas las personas llamadas á ejercerla.» Debe advertirse, para que esta separación de ambas circunstancias no extrañe, que según el espíritu de aquel proyecto, expreso en el citado artículo y en el 181, la tutela dativa tiene preferencia sobre la legítima, en el caso de haber mediado antes el nombramiento de un tutor testamentario, porque según Goyena, «el nombramiento de tutor por el padre ó madre es un tácito y desfavorable testimonio contra los llamados á la tutela legítima; debe, por lo tanto, darse lugar á la dativa». Ya hemos discutido este punto en su lugar correspondiente, exponiendo nuestra opinión contraria. Con ella coincide el Código en el pre-

sente art. 231, puesto que exige la concurrencia de las dos circunstancias: que no haya tutor testamentario ni personas llamadas por la ley á la tutela vacante.

Por lo que toca á la primera, la fórmula que usa el Código puede comprender todos los casos; es decir, no sólo el que cita la ley de Partidas, sino también los que se mencionan en el Digesto. No es tan irreprochable, en cuanto á la comprensión que debiera tener, la frase relativa á las personas que pueden ser tutores legítimos. La intención de que se agoten los nombramientos, según van consignados en los artículos 211, 220, 227 y 230, y la precedencia decisiva que se da á la tutela testamentaria sobre la legítima, y á esta sobre la dativa, se comprende claramente; pero la frase «no habiendo personas llamadas por la ley», no expresa todos los casos posibles. No es lo mismo que no haya tutor legítimo, y que falten personas llamadas por la ley para serlo. Cuando procediendo no existe aquél, será ó porque no hay quien desempeñe el cargo según derecho, ó por incapacidad, excusa ó remoción del indicado; mientras que por esto mismo puede suceder que haya «personas llamadas por la ley», sin que puedan ó quieran ser tutores. Sin duda lo que ha querido decir es que la tutela dativa procede cuando por cualquier motivo no existan ó no sean posibles la testamentaria y la legítima.

Así, en efecto, se expresan los arts. 1836 y 1838 de la ley de Enjuiciamiento civil, según los cuales no «habiendo tutor nombrado por el padre, la madre ú otra persona», procede la tutela legítima; y «á falta de parientes á quienes designar ó *no reuniendo el que hubiere las cualidades* que exigen las leyes», se nombrará á otra persona de confianza.

En parecidos términos está redactado el art. 405 del Código francés. El de Portugal dice, «á falta de *tutores* testamentarios y legítimos» (art. 202). Por último, el de Méjico es más explícito que el nuestro al redactar su art. 557 del siguiente modo, que no obstante, incide en el defecto señalado: «La tutela dativa tiene lugar: 1.º, cuando no hay tutor testamentario, ni per-

sona á quien, conforme á la ley, corresponda la tutela legítima; 2.º, cuando el tutor testamentario está impedido temporalmente de ejercer su cargo y no hay ningún pariente de los designados en el art. 546» (1).

Téngase en cuenta, por último, el art. 245 de nuestro Código, que ya veremos, según el cual puede excusarse el tutor dativo, si no es pariente del menor ó del incapacitado, cuando existan en el territorio del tribunal que *defiere* la tutela parientes dentro del sexto grado que puedan desempeñar el cargo. Es este un nuevo caso en que la relación de parentesco se sobrepone, ampliando los grados de llamamiento que fijan los artículos 211, 220 y 227.

En provecho de quiénes se nombra.—Lo dice el artículo que comentamos, refiriéndose al 200, y, por lo tanto, á los menores, á los locos y dementes, á los sordomudos, á los pródigos y á los que sufren interdicción civil. Para mayor firmeza, también se dice así en el artículo siguiente.

Quién la elige—Ya hemos visto que la elección y nombramiento de tutor dativo correspondía antes, según la ley de Partidas, al Juez (ley 12, tít. 16, Partida 6.ª). Así lo sancionaba el artículo 1838 de la ley de Enjuiciamiento civil.

El Proyecto de 1851 rompió con esta doctrina, concediendo al consejo de familia (art. 183) la iniciativa é intervención que le reconocen hoy también muchos códigos, y que no dejaba de tener precedentes en nuestra misma historia. Así, por ejemplo, el Fuero Juzgo (ley 3.ª, tít. 3.º del libro 4.º) manda que el in-

---

(1) El Código alemán establece la siguiente doctrina: «Si la tutela no debiese deferirse á una de las personas llamadas por el art 1776—á saber: el nombrado por el padre del pupilo; el nombrado por la madre legítima; el abuelo paterno del pupilo; el abuelo materno—deberá elegir tutor el Tribunal de tutelas después de oir al consejo de huérfanos de la localidad. El Tribunal de tutelas deberá elegir una persona que por sus relaciones personales y por su estado de fortuna y otras circunstancias sea apta y conveniente para la gestión tutelar. Al hacer la elección se tendrá en cuenta la confesión religiosa del pupilo. El examen deberá hacerse en primer término entre los afines del pupilo» (art. 1779).

ventario se haga ante «los parientes»; el Fuero Real (ley 3.ª, tít. 3.º, libro 7.º), que el «Alcalde, con los parientes más propinquos, den tutor al huérfano»; los Fueros aragoneses (fuero único *de liberationibus et absolutionibus tutoribus*), que asistan al pupilo sus parientes, etc. En cuanto á la forma en que se concreta esta intervención del consejo, ya se verá en el título especial dedicado á él. Resta advertir, que algunas veces intervendrá el Juez en el nombramiento de tutor dativo, y será, á tenor del art. 310, cuando alguien se alzase de las decisiones del consejo; pero la autoridad del Juez se limita á revocar ó afirmar el acuerdo que causa la alzada, procediendo en el primer caso que el consejo haga nueva elección, pero no que el Juez se subrogue en este derecho. Tal es el sentido de nuestro Código y el de sus análogos.

Con arreglo á este artículo y al 201, que proclama la unidad de la tutela, cuando existe un tutor, sea de la clase que fuere, no puede el consejo de familia nombrar otro distinto, aunque el primero abandone el cargo y se ausente, mientras previamente no sea removido en forma legal, y así lo declara la Resolución de 17 de Marzo de 1893.

El art. 231 es aplicable á las provincias regidas por fueros especiales, según la Resolución de 4 de Marzo de 1896, dictada con relación á Navarra.

Cuestión interesante es la de determinar, si en el caso de incapacitarse el pupilo después de llegar á la mayor edad, habiendo tenido tutor testamentario mientras fué menor, corresponde la tutela del incapaz al mismo tutor testamentario, ó, á falta de parientes, á la persona que designe el consejo de familia, con arreglo al art. 231.

En pleito en que se ventilaban otras cuestiones además de la expuesta, entendió la Audiencia que procedía la aplicación del artículo 231, por deber suponerse extinguida por completo la tutela testamentaria con la mayor edad del pupilo, y no existir por tanto esa tutela para el caso de incapacidad, á los efectos de dicho artículo. El Tribunal Supremo no llegó á entender en esa

cuestión, resolviendo sobre los demás en sentencia de 5 de Diciembre de 1904.

Nosotros creemos que el espíritu del Código, claramente manifestado en varios artículos, y aun en el mismo 231, abona en el caso expuesto la preferencia del tutor testamentario, y la razón señala también esa preferencia nacida del cariño y previsión que debe suponerse en los padres al designar tutor para sus hijos. Nada importa que el nombramiento se hiciese para el caso de la menor edad, no previendo el testador el caso de incapacidad. La ley debe presumir que al llegar este caso, la voluntad de ese padre ó testador, será siempre preferir á la persona designada por él, mejor que á otra cualquiera más ó menos extraña designada por la ley ó por el consejo de familia.

ARTÍCULO 232

El Juez municipal, que descuidare la reunión del consejo de familia en cualquier caso en que deba proveerse de tutor á los menores ó incapacitados, será responsable de los daños y perjuicios á que diere lugar su negligencia.

Continúa este artículo la serie de sanciones á que se refiere el 228 y otros, representando una nueva garantía en favor de los menores é incapacitados. Hay que tener en cuenta, para completar su doctrina, lo dispuesto en el art. 293, del cual ya nos hemos ocupado. En cuanto á la responsabilidad misma (y salvo lo difícil que será en muchos casos probarla y obtenerla), entendemos que se extiende, no sólo á los daños y perjuicios que se causen al menor, sino también á los que se produjeren por igual causa á terceras personas; v. gr., los contratantes con el menor. Quien ha motivado el daño, debe responder de todas las consecuencias. Las personas, pues, que se hallasen en aquella situación, harán bien en pedir el cumplimiento de este artículo, y con mayor motivo si instaron oportunamente al juez para que cumpliese su misión.

CAPÍTULO V

Del protutor.

Es el protutor, en realidad, una institución nueva en nuestras leyes. Fuera del tutor, no se conocía, según el derecho romano y el patrio, otra guarda legal que la del curador especial nombrado en los casos en que los intereses de aquél y los del menor eran opuestos. El protutor representa esta misma función; pero además tiene otras que le constituyen en verdadero fiscal de la tutela. Así hubo de concebirlo el derecho consuetudinario francés, de donde pasó al Código de Napoleón con el nombre de tutor *subrogado* (1), y de allí á gran parte de los códigos europeos, como el nuestro, el belga, el portugués y el italiano.

Se ve, pues, que el protutor es una rueda ó elemento de la tutela de familia, innecesario en las legislaciones que admiten la tutela de la autoridad, pues en ellas, como dice la exposición de motivos del Código civil suizo, la fiscalización oficial ejercida por los Tribunales de tutelas es superior á la que pudiera realizar el protutor.

Sin embargo de esto, el Código alemán ha admitido la institución del protutor, aunque con carácter facultativo. Según el artículo 1792, á la vez que el tutor, podrá también nombrarse un protutor, si la tutela va aneja á administración de bienes de alguna importancia. El 1799 señala sus atribuciones, reducidas á velar por que el tutor desempeñe la tutela con arreglo á sus deberes, y dar cuenta al Tribunal de tutelas de aquellos casos

---

(1) *Subtutor* le llamaba el derecho portugués anterior al Código vigente.

en que dicho Tribunal esté llamado á intervenir. Establece, por último, y con alguna exageración, en siguientes artículos, la participación del protutor en la gestión de los más importantes actos de la tutela.

Los caracteres fundamentales de la protutela en nuestro derecho están expuestos en el presente capítulo; pero la doctrina sobre sus condiciones y atribuciones hay que completarla con otros artículos del Código. El 201 es el primero que nombra al protutor, en términos casi idénticos á los empleados por el Proyecto de 1851 (art. 172), que lo tomó de la ley francesa. El artículo 206 y el 237 y siguientes se refieren también á él, y conviene tenerlos en cuenta, así como el 1459 y otros.

En resumen, puede decirse que el protutor es un fiscal de los actos del tutor, y á la vez un intermediario entre éste y el consejo de familia, al cual debe advertir de todos los actos de aquél que le parezcan desventajosos para la persona ó los intereses del sujeto á tutela, con objeto de impedirlos ó corregirlos; representando también, directamente, al tutelado, cuando hubiese contradicción entre él y su tutor. Semejante condición de garantía es, sin duda, laudable; porque si bien procede de la suspicacia que caracteriza en lo civil y en lo político á los pueblos latinos, redunda al fin y al cabo en beneficio del menor.

No es posible, sin embargo, adelantar el pronóstico del resultado práctico que tal institución ha de producir en España, según la reglamentación del Código. Porque en verdad, las numerosas y pesadas funciones que se le atribuyen, y la grave responsabilidad que pesa sobre el protutor, no están compensadas con ventaja ni retribución de ninguna especie; quedando, en fin de todo, el cumplimiento de aquéllas entregado al supuesto de una devoción generosa y heroica, dado el vértigo de la vida moderna, que difícilmente será regla común para la mayoría de los hombres.

De bastante mayor valor son las observaciones que se deducen del Código francés y de los comentarios de Laurent, sostenidas entre nosotros por algún crítico. En efecto; responde el

tutor *subrogué*, en el Código de Napoleón, á la circunstancia de no ser el consejo de familia una institución permanente, ni que se reuna con frecuencia; por lo cual, hace falta confiar á un tercero la vigilancia de la administración del tutor. En nuestro Código, por el contrario, el consejo de familia no es «una reunión ocasional ó transitoria de parientes ó amigos para informar ó deliberar por convocación de la autoridad en casos determinados», sino un cuerpo de funciones permanentes, constituído de un modo estable; y puede muy bien ejercer las funciones de vigilancia del protutor, y aun las de representación que alguna vez, en efecto, tiene (art. 243). De aquí opinan varios que la institución del protutor no responde, en nuestro derecho, á necesidad real (1): opinión no del todo exacta, puesto que el consejo, como cuerpo, no puede verificar ciertos actos, ni ejercer vigilancia tan estrecha como un solo individuo, cuya actividad es más expedita, y el cual, por otra parte, sirve de provechoso intermediario.—Tal vez hubiera convenido, para prefijar mejor este punto y hacer del protutor el verdadero representante y hombre de confianza del consejo, confiar á éste exclusivamente su nombramiento, contra lo que dispone el artículo siguiente.

ARTÍCULO 233

Al consejo de familia corresponde nombrar protutor, cuando no lo hayan nombrado los que tienen derecho á elegir tutor para los menores.

La regla general que establece el presente artículo tocante al nombramiento de protutor, es bien clara y no necesita comentarios. Pero la segunda parte suscita dos diferentes cuestiones. ¿Quiénes son los que tienen precedencia sobre el consejo para nombrar aquel cargo? Según este artículo, los que tienen derecho á elegir tutor; pero los artículos 206 y 207, á que es preciso

(1) D. Eduardo Alvarez Cuervo, *El consejo de familia y el protutor*, Habana, 1890.

referirse, no conforman exactamente con él. El 206 dice, en efecto, que el padre y la madre pueden nombrar *tutor y protutor* para sus hijos; pero el 207, relativo al extraño que deja herencia ó manda de importancia á los menores ó incapacitados, sólo le confiere el derecho de nombrar tutor. ¿Debe suponerse una omisión inadvertida en este artículo, ó hay error ó descuido de redacción en el 233?

El artículo correspondiente del Proyecto de 1851 (art. 185) decía: «En todos los casos de tutela, el consejo de familia nombrará un protutor, siempre que no haya sido nombrado por el padre ó por la madre», fórmula concreta y precisa, que no dejaba lugar á dudas. El hecho de que los actuales legisladores hayan cambiado esa redacción, conociéndola, como es natural les fuese conocida, pudiera inducir á pensar que su intento es conceder aquel derecho al extraño comprendido en las condiciones del art. 207.

A muchos ha repugnado esta ampliación; y ya creyendo que el presente artículo, por ser de referencia al 206 y al 207, se ha de interpretar por lo que éstos digan, ya por suponer en él un defecto hijo de corrección precipitada, niegan al extraño la facultad de elegir protutor. Las legislaciones extranjeras ofrecen ejemplos en este sentido. Dejando aparte el Código francés y el de Portugal, que sólo admiten el nombramiento por parte del consejo de familia, tenemos, v. gr., el italiano y el de Méjico, que admiten excepciones, como el español; pero que resuelven la cuestión claramente y en sentido restrictivo.

El art. 264 del Código italiano dice, en efecto, como nuestro artículo 233, «que el que tenga derecho para nombrar *tutor* podrá nombrar protutor en la misma forma»; pero ya tuvo buen cuidado de decir en el 247, que «si alguno instituyere á un menor por heredero, podrá nombrarle un *curador* especial únicamente para la administración de bienes», y así evita el conflicto, limitando á los padres el derecho en cuestión. El Código de Méjico dice también terminantemente (art. 671), que «los que tienen derecho de nombrar tutor lo tienen también de nombrar

curador» (1); pero el artículo de referencia, aunque no tan claro como el italiano, es bastante menos absoluto que nuestro 207, el cual dice únicamente *tutor*, mientras que el 527 mejicano dice: «El que en su testamento deja bienes, sea por herencia, sea por legado á un incapaz que no está en su patria potestad, ni en la de otro, puede nombrarle *tutor sólo para la administración* de los bienes que le deja»: con lo cual ofrece términos propicios á la interpretación restrictiva.

Teniendo en cuenta estos precedentes, y ateniéndonos á la índole y objeto del cargo de protutor, nuestra opinión, conforme con la de la mayoría de los comentaristas, es, que el presente artículo 233 no se ha propuesto modificar, ni ha modificado, el 207, y, por consiguiente, que la facultad que éste concede al extraño para nombrar tutor en los casos á que se refiere, no es extensiva al nombramiento de protutor, como lo hemos consignado en el comentario de dicho artículo.

La otra duda ó cuestión á que da lugar el presente artículo, nace de que habla sólo de los que tienen derecho á elegir tutor *para los menores*. ¿Se aplicará tambien á los *incapacitados?* El artículo 206 de referencia dice textualmente que «el padre puede nombrar tutor y *protutor* para sus hijos menores y para los *mayores incapacitados*», y la base 7.ª de la ley de 1888 refiere la institución del protutor á los menores, dementes, pródigos y sujetos á interdicción. Si á estas disposiciones se agrega la general del art. 201, en el que después de haber designado en el anterior los que están sujetos á tutela, comprendiendo á los menores y á todos los incapacitados, se ordena que «la tutela se ejercerá por un solo tutor *bajo la vigilancia del protutor* y del consejo de familia», resulta de un modo indudable, que ha de hacerse el nombramiento de protutor en todas las clases de la tutela, y ya estén sujetos á ella los menores ó ya los incapacitados. Tanto es así, que según el artículo siguiente, «el tutor no puede comenzar el ejercicio de la tutela sin que haya sido nombrado el

---

(1) Este curador es el mismo protutor de nuestro Código. Véanse si no sus funciones en el art. 674 mejicano.

protutor». De todas estas disposiciones, y de las demás relativas á esta materia, se deduce que no están exentos de protutor los incapacitados.

¿Podrá el padre, ó la madre en su caso, prohibir el nombramiento de protutor? Con razones muy sólidas, aplicables á este caso, resuelve la cuestión García Goyena en sentido negativo respecto del tutor. «*En todos los casos*, decía, sea cualquiera la clase de tutela, los padres no podrán dispensar ó prohibir este nombramiento, aunque se les permite que ellos mismos lo hagan: la tutela, en cuanto á su objeto, tiene mucho de derecho público, que no se altera por la voluntad de los particulares». Igual opinión puede hoy sostenerse: el carácter de institución de garantía que tienen la tutela y protutela, las pone á cubierto de la voluntad de los particulares.

ARTÍCULO 234

El tutor no puede comenzar el ejercicio de la tutula sin que haya sido nombrado el protutor. El que dejare de reclamar este nombramiento, será removido de la tutela y responderá de los daños que sufra el menor.

La disposición de este artículo es terminante y obedece al carácter de la protutela. Si el protutor, en efecto, viene á ser el fiscal del tutor, lógico es que no pueda éste ejercer los actos propios mientras aquél no exista. El precepto, por tanto, se refiere á todas las clases de tutela, lo mismo la testamentaria que la legítima y la dativa. Respecto de esta última, puesto que su nombramiento corresponde al consejo de familia, había en el Proyecto de 1851 un artículo aplicable á la exigencia que aquí se establece. Decía este artículo (186), que «en el caso de tutela dativa, el consejo de familia nombrará el protutor en la misma sesión en que nombre el tutor», concordando así con el Código francés y otros, y facilitando el cumplimiento del 187 que equivale al que ahora comentamos.

También en el 187 recalca el proyecto su idea, al decir que «el tutor testamentario y el legítimo no pueden empezar á ejercer sus cargos, sin hacer antes que se convoque el consejo para el reconocimiento de su cargo y *nombramiento de protutor*».

Está además conforme la disposición que tratamos con otras disposiciones concretas del Código, puesto que, de un lado, el artículo 201 dice que la tutela *se ejercerá* por un sólo tutor, *bajo la vigilancia del protutor*, lo cual supone que sin esa vigilancia no se puede ejercer; y de otro lado, el núm 1.º del 236, preceptúa la intervención del protutor en el inventario y constitución de la fianza, actos preliminares é indispensables para el ejercicio de la tutela; de donde se deduce que á todos esos actos ha de preceder el nombramiento de protutor.

La sanción que se impone como pena al tutor cuando no reclama el nombramiento de protutor, parece muy justa y no necesita comentario.

Queda sólo una cuestión que decidir. ¿Serán nulos los actos y contratos celebrados por el tutor que contraviniese á este artículo? Parece que en absoluto, y teniendo en cuenta el artículo 4.º, que declara nulos todos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, así deben calificarse. Pero los comentaristas, y en parte la jurisprudencia francesa con relación á su Código, sostienen en beneficio del tutelado otra doctrina, en que se aprecian las condiciones particulares de cada acto. Así, los que puede ejercer el tutor *sin la intervención* del protutor, ó aquéllos en que ésta no sea necesaria, se tendrán por válidos en cuanto favorezcan al sujeto á tutela. En rigor, la teoría puede formularse diciendo que se considerarán válidos todos los actos del tutor ejecutados en aquellas condiciones, si son ventajosos para el menor ó incapacitado; porque cargándose además al tutor las responsabilidades de los daños que sufra aquél, según expresamente declara este artículo, todas las garantías parecen cubiertas, y no hay para qué anular actos que á veces no podrán repetirse y que habrán traído quizá beneficio para el tutelado.

Indicaremos, por último, que aunque este artículo habla sólo del *menor*, como el anterior y el 236, sus disposiciones son también aplicables á la tutela de los incapacitados, por las razones expuestas en el comentario anterior.

Según declara el Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de Octubre de 1907, el presente artículo no se opone á que un protutor pueda ser nombrado tutor, sin perjuicio de cumplir después y en consecuencia con todas las demás formalidades legales antes de que el nuevo tutor entre en el ejercicio de su cargo.

ARTÍCULO 235

El nombramiento de protutor no puede recaer en pariente de la misma línea del tutor.

Lo dispuesto en este artículo parece evidentemente ser una nueva garantía en favor del pupilo, para que la fiscalización de su tutela no resulte mera fórmula, merced á las relaciones de próximo parentesco entre tutor y protutor. Este, por tanto, no podrá ser nunca de la misma línea, directa ó transversal, que aquél; incompatibilidad que deberá guardarse siempre, cualquiera que sean las vicisitudes de uno y otro cargo. Con esto se indica, según el parecer de Laurent, que si habiendo cesado el tutor nombrado primeramente, el nuevo se hallase en las condiciones que señala este artículo, sería preciso renovar la protutela para evitar lo que aquí desea evitarse. Pareciéndonos bien esta prevención que hace el Código, justo será advertir que los peligros á que se refiere pueden darse no sólo entre parientes de la misma línea, sino también entre personas que, sin serlo, se hallen ligadas por estrecha amistad ó por intereses comunes. Formulándose la presunción para los parientes (presunción que no siempre tendrá realidad), no vemos el motivo de que se excluya de ella á estas otras personas.

El Código portugués (art. 206) hace una excepción, ya prevista por García Goyena: la del hermano germano, del cual, por reunir ambas líneas, se presume que será un verdadero defen-

sor de su hermano sujeto á tutela. El Código francés exceptúa también á los «hermanos carnales» (art. 423) Finalmente, el mismo Código de Portugal añade explícitamente una consecuencia indicada por nuestro García Goyena, á saber: que no habiendo parientes más que de una línea, si el tutor fuese nombrado de ella, el protutor habrá de ser un extraño.

Excusamos hacer más comentarios, porque en rigor no son precisos. Las materias de esta naturaleza han de ser, por precisión, algo arbitrarias, y se prestan á multitud de críticas y suposiciones, pues que tan difícil es prever todos los casos de posible prevaricación, como excesivo pensarlos *a priori* en todo momento. ¿Quién duda que, aun siendo de la misma línea tutor y protutor, está muy en lo humano que cumplan fielmente su cometido? Pero cuando se trata de salvar intereses como los de un menor ó incapacitado, la legislación positiva tiene que extremar sus rigores.

ARTÍCULO 236

El protutor está obligado:

1.º A intervenir el inventario de los bienes del menor y la constitución de la fianza del tutor, cuando hubiere lugar á ella.

2.º A sustentar los derechos del menor, en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los intereses del tutor.

3.º A llamar la atención del consejo de familia sobre la gestión del tutor, cuando le parezca perjudicial á la persona ó á los intereses del menor.

4.º A promover la reunión del consejo de familia para el nombramiento de nuevo tutor, cuando la tutela quede vacante ó abandonada.

5.º A ejercer las demás atribuciones que les señalen las leyes.

El protutor será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan al menor por omisión ó negligencia en el cumplimiento de estos deberes.

El protutor puede asistir á las deliberaciones del consejo de familia y tomar parte en ellas; pero no tiene derecho á votar.

El presente artículo contiene en realidad dos partes. En una se establecen ó indican las obligaciones y atribuciones del protutor, y en otra se fija la sanción en caso de incumplimiento. Respecto de la primera, nuestro Código ha seguido, en parte, el método del portugués, el cual tiene una sección especial titulada «De los derechos y obligaciones del protutor», cuyo primer artículo reune las más principales de estas últimas. No excluye esto que haya otras muchas, ó bien otros derechos, contenidos en diferentes artículos, como ya expresa el núm. 5.º del nuestro; con lo cual el sistema es, en rigor, mixto, puesto que no se agrupan en un sitio único todas las atribuciones y deberes del protutor. En esta materia parece más lógico el código francés, el cual se limita á indicar, fijando el carácter de la protutela, que sus funciones se reducen á obrar en favor de los intereses del menor, siempre que estén en oposición con los del tutor, y luego desarrolla este principio en varios artículos dispersos.

Dejando á un lado ahora esta cuestión de puro método, examinemos separadamente cada una de las obligaciones del protutor.

1.ª *Intervenir en el inventario y en la fianza.*—Sabido es que ambos requisitos son preliminares para el ejercicio de la tutela y una de sus más seguras garantías. Natural es, por tanto, que el protutor intervenga en ellas, lo mismo cuando tengan este carácter preliminar, que cuando sean precisas por hechos ulteriores. Así ocurrirá respecto del inventario, siempre que el menor adquiera bienes por herencia ú otro título; y en punto á la fianza, siempre que convenga á los intereses del tutelado ampliarla, ó establecerla si el tutor fué relevado de ella y sobrevienen causas graves que la hagan necesaria. Una cosa y otra deberá ser pedida también por el protutor.

En cuanto á la forma de la intervención, se reduce, en el

inventario, á presenciar y comprobar las operaciones y firmar las actas. En la fianza variará según la calidad de ésta, ajustándose á las leyes especiales. Por ello, si se trata de fianza hipotecaria, procederá el examen de la titulación de las fincas, asegurándose de su libertad ó del género y alcance de sus gravámenes, etc. Tocante al acto de constitución de hipoteca, en el art. 151 del Reglamento de 1870, para la ejecución de la ley Hipotecaria, se fijaban los particulares que deben señalarse. De igual modo en la fianza pignoraticia podrá pedir el depósito á que se refiere el art. 257.

2.ª *Sustentar los derechos del menor en juicio y fuera de él, cuando estén en oposición con los intereses del tutor.*—Constituye la función capital del protutor, la que todos los códigos colocan en primer lugar. Propiamente lo que aquí ocurre es que éste viene á hacer las veces de tutor, suscitándose con tal motivo esta duda: ¿Deberá nombrarse un protutor *ad hoc* que cumpla la misión fiscalizadora respecto del tutor temporal? Los pareceres son muy diversos. En la jurisprudencia francesa, este mismo caso, suscitado con referencia á lo que dispone el Código de Napoleón, ha sido resuelto unas veces en pro y otras en contra. La resolución afirmativa se funda en que, quedando en realidad vacante la protutela por pasar el que la ejerce á desempeñar funciones de tutor, ha lugar á nombrar un protutor especial. Las circunstancias de cada caso determinarán la resolución que convenga; pero, por regla general, bastará con la inspección del Consejo de familia para esos casos excepcionales y con la aplicación en su caso del art. 238, que trata de la remoción de los tutores y protutores.

3.ª *Llamar la atención del consejo sobre la gestión del tutor cuando la cree perjudicial á la persona ó intereses del menor.*—Sólo hay que advertir, respecto de esta obligación, la aplicación doble que tiene: á los *bienes* y á la *persona*. Por lo tanto, comprenderá, no sólo los actos de administración, sino también lo relativo á los alimentos y educación en su más ampio sentido: sustento, vestido, educación intelectual y moral, etc.

Por lo que toca á los bienes, el Código portugués indica un medio de investigar la gestión tutelar. «El protutor—dice—puede exigir del tutor, en el mes de Enero de cada año, una nota del estado de la administración de los bienes del menor; y en todo tiempo, que el tutor le deje ver su libro ó cuaderno de cuentas, y que le presente las explicaciones que crea necesarias» (art. 260). Nuestro Código provee en parte á estos dos extremos en su art 279 y en el núm. 7.º del 264, que deberán tenerse en cuenta.

4.ª *Promover la reunión del consejo de familia para el nombramiento de nuevo tutor.*—La razón es obvia, y ya la consignaba García Goyena. «El protutor no reemplaza al tutor; las obligaciones y representación de uno y otro son absolutamente incompatibles; pero es interés del huérfano que la tutela no quede abandonada.» Mientras no se nombre nuevo tutor, el consejo de familia proveerá á los cuidados de la tutela, según se deduce del art. 243, aquí aplicable por analogía.

5.ª *Ejercer las demás atribuciones que le señalan las leyes.*—Como observa un autor, la palabra *atribuciones* choca con la frase «está obligado», con que empieza el artículo; pero como esto no obsta á su buena inteligencia, puede dejarse pasar.

Desde luego, una de las atribuciones es la contenida en este propio artículo, respecto de la asistencia á las deliberaciones del consejo; asistencia que es obligatoria, á tenor del art. 308, si fuere citado por aquél. Las demás atribuciones, deberes y derechos están esparcidos en diferentes artículos, y bueno será agruparlos aquí para tener completa la doctrina. Son, pues, esas atribuciones:

1.º Solicitar que se obligue á que acepten la tutela aquellas personas respecto de las cuales desaparezca la causa de exención que alegaron en un principio (art. 246).

2.º Pedir que constituya fianza el tutor nombrado con relevación de ella, cuando sobrevenga causa grave que lo justifique, ó que la aumente, si llegase á ser insuficiente la prestada (artículos 259 y 260).

3.° Requerir al tutor para que incluya en el inventario sus créditos contra el menor, si los tuviere (art. 267).

4.° Procurar que la pensión alimenticia sea siempre proporcionada á la fortuna del menor y en relación con los cambios que ésta sufra (art. 268).

5.° Intervenir en los cobros que el tutor hiciese de cantidades mayores de 5.000 pesetas, excepto si proceden de intereses, frutos ó rentas (art. 275, núm. 2.°).

6.° Intervenir también en la subasta de bienes del menor, cuando el valor exceda de 4.000 pesetas (art. 272).

7.° Inspeccionar el pago que á sí propio se hiciere el tutor por los créditos que le corresponden (art. 275, núm. 3.°).

8.° Examinar las cuentas anuales de la tutela y las generales del tutor que cese en su cargo (arts. 279 y 280).

9.° Defenderse ante el consejo cuando éste intentara contra él inhabilitación ó remoción (art. 239).

De estas obligaciones y derechos y, en general, del conjunto de los preceptos del Código referentes al organismo tutelar, deduce la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Diciembre de 1912 que, siendo la función esencial y primaria del protutor la de vigilar, fiscalizar é intervenir la administración del tutor, hay entre los dos cargos la incompatibilidad más absoluta, sin que, en su consecuencia, pueda el protutor en ningún caso obrar por delegación ó en nombre del tutor.

La responsabilidad de que en segundo lugar habla el Código, es una consecuencia del principio que se establece en el artículo 1101; y claro es, aunque no lo dice, que comprende también los casos de dolo (art. 1102). Como decía García Goyena comentando el art. 189, equivalente del actual en el Proyecto de 1851: «toda culpa ó negligencia lleva la responsabilidad civil de daños y perjuicios».

Volvamos solamente á repetir aquí que la estrecha responsabilidad del protutor y sus enojosas funciones no están compensadas ni retribuídas de ningún modo: en el Código mejicano, el curador, que hace sus veces, devenga honorarios por su tra-

bajo (art. 678). Todavía hay quien sostiene, quizá por esto, que la gestión del protutor no ofrece garantías de éxito feliz; temiendo, por el contrario, que pueden producirse, ó inteligencias fraudulentas entre él y el tutor, ó dificultades y conflictos hijos de suspicacias exageradas. De todos modos existiría este peligro, y sin duda el Código no señala retribución al protutor, porque la misión que se le confía es de piedad y en beneficio de una persona desvalida, con la cual estará ligado por el parentesco ó el cariño.

Concluiremos repitiendo lo dicho en los comentarios anteriores; que las disposiciones de este artículo son aplicables á la tutela de los incapacitados, aunque en él sólo se hace mención de los menores.

CAPÍTULO VI

De las personas inhábiles para ser tutores y protutores, y de su remoción.

ARTÍCULO 237

No pueden ser tutores ni protutores:

1.° Los que están sujetos á tutela.

2.° Los que hubiesen sido penados por los delitos de robo, hurto, estafa, falsedad, corrupción de menores ó escándalo público.

3.° Los condenados á cualquier pena corporal, mientras no extingan la condena.

4.° Los que hubiesen sido removidos legalmente de otra tutela anterior.

5.° Las personas de mala conducta ó que no tuvieren manera de vivir conocida.

6.° Los quebrados y concursados no rehabilitados.

7.° Las mujeres, salvo los casos en que la ley las llama expresamente.

8.° Los que, al deferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el menor sobre el estado civil.

9.° Los que litiguen con el menor sobre la propiedad de sus bienes, á menos que el padre, ó en su caso la madre, sabiéndolo, hayan dispuesto otra cosa.

10. Los que adeuden al menor sumas de consideración, á menos que, con conocimiento de la deuda, hayan sido nombrados por el padre, ó en su caso, por la madre.

11. Los parientes mencionados en el párrafo segundo del art. 293 y el tutor testamentario, que no hubiesen cumplido la obligación que dicho artículo les impone.

12. Los religiosos profesos.
13. Los extranjeros que no residan en España.

I

Consideraciones generales.

Indica ya el título del presente capítulo las dos materias distintas que éste comprende. Bien es verdad que hay entre ellas relación inmediata; pero no deja de importar la distinción, tanto para la doctrina como para los efectos legales.

La *inhabilidad* es equivalente á la incapacidad, y supone en la persona á que se refiere condiciones ó circunstancias que la imposibilitan para ser tutor ó protutor, ya en absoluto, ya por cierto tiempo, ya con respecto á determinados individuos: por lo tanto, no puede ser nombrada la persona inhábil, y aunque llegara á serlo, no podría entrar á ejercer su cargo.

La *remoción*, por el contrario, supone que se ha ejercido la tutela ó protutela más ó menos legalmente (véase el núm. 2.º del art. 238), y que con posterioridad ha sobrevenido tal ó cual circunstancia que hace inhábil ó *sospechoso*, como decía el Derecho romano, al sujeto en quien recae.

Procede, pues, muy bien el Código tratando en diferentes artículos de uno y otro caso; por lo cual, nosotros también los examinaremos separadamente.

Siguiendo lo adoptado en todas las legislaciones modernas y en nuestro mismo Proyecto de 1851, los redactores del Código reunen todos los casos de inhabilidad é incapacidad para ser tutor ó protutor, que en el derecho antiguo, v. gr., en las Partidas, estaban dispersos en distintas leyes. En términos generales, coincide este artículo 237 con sus análogos extranjeros y con el 202 del Proyecto citado; pero hay sus diferencias, á veces de consideración, puesto que suscitan cuestiones y dudas de transcendencia. Dejando éstas para más adelante, haremos ahora la explicación é interpretación general de los trece casos incluídos, aunque en rigor no necesitan de grandes explicaciones.

Nótese, de pasada, que no todos obedecen á los mismos motivos, y que, por tanto, cabría clasificarlos en grupos. Así, unos se refieren á causas que afectan al honor, á la inteligencia, á la conducta del presunto tutor ó protutor; mientras otros se refieren á circunstancias ajenas á la voluntad (edad ó sexo), que nada dicen respecto de las condiciones morales de las personas. Algunos autores hacen esta clasificación en los siguientes ó análogos grupos: 1.º, por razón de restricción de la capacidad jurídica; 2.º, por razón de conducta actual ó presunta; 3.º, por razón de litigio actual ó posible; 4.º, por razón de parentesco é incompatibilidad de cargos. Pero como el Código no los clasifica, habremos de examinarlos en el orden con que éste los presenta.

1.º *Los sujetos á tutela.*—Es una consecuencia natural del carácter y funciones de aquellos cargos. El art. 206 ya adelantó este principio, que no es preciso fundamentar con largos razonamientos. Sería un contrasentido que el que está sometido á la potestad de otro, ó el que por su edad ó incapacidad esté sujeto á tutela, pudiera ser tutor ó protutor de otra persona que se halle en idénticas circunstancias.

2.º *Los penados por ciertos delitos.*—Los que lo hayan sido por robo, hurto, estafa ó falsedad no pueden inspirar confianza para encomendarles el cuidado y administración de bienes ajenos, y mucho menos de personas desvalidas; y sería escandaloso y de malísimo efecto moral confiar la dirección y educación de un menor al que hubiere sido condenado por corrupción de menores ó por escándalo público. Es, pues, de sentido común la prohibición impuesta á los que se hallen en estos casos para ejercer el cargo de tutor ó protutor. Podrá suceder que alguno de ellos haya sido condenado injustamente, ó que, arrepentido después, llegue á ser un hombre honrado; pero la ley no podía establecer esta excepción por lo difícil de la prueba y de la rehabilitación en el concepto público.

Más restringido parece el núm. 5.º del art. 202 del Proyecto de 1851, que decía: «Los que por sentencia firme hayan sido condenados en alguna pena que lleva consigo la privación ó inhabi-

litación de este cargo»; con lo cual se refería sólo á los casos que llevan aneja interdicción. En estos casos la pena ha de cumplirse, y no había necesidad de mencionarlos; y por las razones indicadas se ha hecho extensiva la prohibición á los delitos expresados, aunque no lleven aneja la pena de interdicción del cargo de tutor.

3.º *Los condenados á cualquier pena corporal, mientras no extingan la condena.*—El que se halla privado de su libertad personal está imposibilitado materialmente para el buen desempeño de la tutela, y no puede ejercer el cargo de tutor ó protutor mientras no extinga la condena, á no ser que ésta sea por alguno de los delitos expresados en el número anterior, porque entonces la prohibición es absoluta. No hace extensivo la ley su rigor á los que están detenidos ó presos provisionalmente durante la instrucción de una causa; ha de esperarse á que recaiga condena ejecutoria.

4.º *Los removidos legalmente de otra tutela anterior.*—La remoción, en efecto, supone que ha mediado alguna de las causas de incapacidad, ó bien otros hechos que colocan al tutor en la categoría de sospechoso. Pero no debe darse á esta disposición una interpretación tan lata que llegue á la injusticia. En el art. 238 se expresan los motivos de remoción, y, empezando por el primero, á saber: que el nombrado tutor esté á su vez sujeto á tutela, ocurre desde luego el argumento de que cuando no sea infamante esta circunstancia ni dé lugar á sospecha vehemente, una vez que cese, como sucederá si el menor llega á la mayor edad, resulta exagerado mantenerla como causa de incapacidad. Lo mismo decimos del referido al núm. 8.º del presente artículo. El litigio pendiente sobre estado civil puede ser un impedimento entre los mismos litigantes; ¿pero qué razón hay para hacerlo extensivo á un tercero con quien no ha mediado semejante cuestión?

Muy otro es, sin duda, el espíritu del Código. Lo que ha querido expresarse en este número es que la remoción verificada por sospecha ó acto injusto del tutor, colocando á éste en situa-

ción poco correcta y nada propicia á la confianza, le imposibilita para ejercer en lo sucesivo el propio cargo. Así se deduce del número 1.º del mismo art. 238, al exigir que la causa de incapacidad haya ocurrido después de deferida la tutela, lo cual no puede suceder en el caso indicado del menor. Acaso hubiera sido mejor redactar el presente número como estaba su equivalente del Proyecto de 1851: «los que hayan sido removidos de otra tutela anterior por sospechosos»; porque, como dice la ley de Partidas, «el que es una vez dado por malo, siempre lo deven tener por tal, fasta que se pruebe lo contrario».

El Código portugués resulta aún más explícito al declarar en el núm 7.º de su art. 234 que no pueden ser tutores ni protutores «los que hubiesen sido removidos de otra tutela *por falta de cumplimiento de sus obligaciones*». El Código de Méjico fija concretamente las causas de la remoción; y todas ellas se refieren á incumplimiento ó acto sospechoso (art. 562 y núms. 1.º, 2.º y 4.º del 563). El Código de Italia no menciona esta causa de incapacidad ó inhabilitación, sin duda porque á su mismo sentido responde el párrafo tercero del art. 269, según el cual quedan excluídos de la tutela y protutela «las personas de probada infidelidad ó negligencia». En estos mismos principios, que son de sentido común, está inspirado nuestro Código.

5.º *Las personas de mala conducta ó sin manera conocida de vivir.*—Tenemos por muy acertada esta causa de inhabilitación, que, por otra parte, no requiere aclaraciones. La prueba de aquellas circunstancias podrá originar á veces largas cuestiones en los Tribunales.

6.º *Los quebrados y concursados no rehabilitados.*—El motivo es bien claro: unos y otros quedan privados de la administración de sus bienes, según el art. 878 del Código de Comercio y el 1914 del civil; ¿cómo irían, pues, á administrar los de un menor? La rehabilitación ó la inculpabilidad les repone en sus derechos y hacen reaparecer, respecto de ambos, la confianza que exige el desempeño de la tutela.

7.º *Las mujeres.*—Se exceptúan los casos en que expresa-

mente las llama la ley (véanse el núm. 3.º del art. 211; 1.º, 2.º y 5.º del 220; 1.º del 227, y el 230).

Tradicional en nuestro derecho (1) es esta incapacidad, justificada entre los autores por la debilidad del sexo. La opinión moderna, influída por las ideas feministas, no le presta su apoyo.

El Código suizo no habla ya de ella, y el alemán se limita á considerarla como excusa (art. 1786) y á prescribir que la mujer casada con otro que no sea el padre del pupilo sólo podrá ser nombrada tutora con el consentimiento de su marido (artículo 1783).

8.º, 9.º y 10. No tenemos nada que advertir respecto de estas tres causas, cuyo fundamento es la enemistad que promueven y el temor muy racional de que abusen los tutores ó protutores de la autoridad consignada. Debemos tan sólo añadir que, sin mediar pleito ni deuda, hay á veces enemistad grave entre personas, aun y quizás más que en otros casos, dentro de la misma familia; y esta circunstancia de enemistad ó de sentimientos hostiles debió haberse tenido en cuenta, como la tiene el Código portugués en su art. 234, cuyo núm. 5.º dice: «y los que fueran conocidos como enemigos del menor ó de los padres de éste». También amplía el caso del pleito á aquellos en que fuesen demandantes los padres, hijos ó mujeres del llamado á la tutela ó protutela.

El Código civil suizo reune todas estas causas de incapacidad bajo la fórmula de «el que tenga serios conflictos de intereses con el incapacitado ó viva en estado de enemistad personal con él» (art. 384.)

11. *Los tutores testamentarios y los parientes mencionados en el artículo 293, que no hubiesen cumplido la obligación que allí se les impone.*—Esta obligación es la de poner en conocimiento del juez el hecho que da lugar á la tutela en el momento que lo supieren;

---

(1) Se discute si puede ser tutora la mujer en la legislación aragonesa. Opinan que sí, entre otros autores, Franco y López (*Instituciones*, pág. 91) y Dieste (*Diccionario*, pág. 625.)

y están sujetos á ella el tutor testamentario, los parientes llamados á la tutela legítima y los que por ley son vocales del consejo de familia. Constituído éste de oficio ó á instancia de cualquiera de dichas personas, se ha llenado el objeto de la ley y no hay motivo para exigir responsabilidad á ninguna de ellas, pero si por culpa ó negligencia de todas quedan abandonados los intereses y la persona del menor ó incapacitado, además de la responsabilidad de daños y perjuicios, no pueden inspirar confianza para ejercer el cargo de tutor ó protutor, y la ley les priva de este derecho.

Fundándose en este número del art. 237, el consejo de familia de un menor negó el discernimiento del cargo de tutor al nombrado en testamento por la madre, por haber transcurrido doce días desde su nombramiento sin haberlo comunicado al juez; y el Tribunal Supremo, en sentencia de 1.° de Mayo de 1894, declara fundada la negativa del consejo é incapacitado al tutor. El fallo se ajusta al precepto legal, pero éste resulta duro, porque en tal caso debiera bastar que el tutor respondiera de los perjuicios causados al menor por su morosidad, y quedar al prudente arbitrio de la autoridad judicial la apreciación de las especiales circunstancias de cada caso, para decidir si debía ó no estimarse justa la incapacidad.

12. *Los religiosos profesos.*—Introduce este número una variación con respecto al derecho antiguo, en el cual estaban excluídos también los Obispos y los clérigos regulares, excepto (estos últimos) para la tutela de sus parientes (ley 14, tít. 14, Partida 6.ª). El Proyecto de 1851 no contiene la incapacidad de los religiosos profesos; pero su comentador García Goyena la consideró comprendida «porque el tal cargo (de guardador) es incompatible con sus votos y retraimiento del mundo». El derecho romano también excluyó á los sacerdotes y monjes.

13. *Los extranjeros no residentes en España.*—Es una consecuencia lógica de la diferencia de ley que rige á los extranjeros, y de la imposibilidad material en que el ausente se halla de ejercitar cualquier cargo de un carácter tan personal como éste. En

tal sentido, lo mismo ocurriría á un español cuyo alejamiento de la patria, siendo constante, le inhabilita *de hecho* para la tutela, como debiera inhabilitarle, ó á lo menos excusarle, la circunstancia de ausentarse al extranjero ó á Ultramar. El Código, sin embargo, no provee á estos casos, dando lugar, seguramente, á conflictos que pueden ser de gravedad, por suscitarse la cuestión de si el tutelado ha de seguir ó no al tutor que se ausenta. Fácilmente se deduce que el precepto negativo de este número se convierte en positivo cuando el extranjero reside en España. A ello obliga, sin duda, el art. 27 del Código, conformando además con la consecuencia los más distinguidos comentaristas, como Laurent y aun el propio García Goyena, aunque éste limitaba la concesión al caso de reciprocidad en el Estado á que perteneciere el extranjero.

II

Cuestiones.

¿Puede haber otras causas que constituyan en inhabilidad para la tutela ó protutela?—Legalmente ya no cabe ninguna, puesto que el Código no la enumera, y en estos casos es regla de la crítica jurídica aplicar la interpretación restrictiva. Pero cabe preguntarse qué motivos han podido llevar á los legisladores á suprimir causas comprendidas en el Proyecto de 1851 y en otros Códigos extranjeros.

El proyecto citado incluía en el núm. 10 de su art. 202 á «los jueces ordinarios de tribunal no colegiado, cuando el menor ó sus bienes están en el territorio á que alcance su jurisdicción»; y Goyena explicaba el fundamento, diciendo que, de otro modo, «vendrían á ser jueces y partes en todos los negocios del menor, ó tendrían éste y sus contrarios la necesidad de litigar, con perjuicio suyo, ante un juez accidental y sin nombramiento de tal: en los tribunales colegiados cesan estos inconvenientes».

El Código portugués contiene igual limitación en el núm. 8.º de su art. 234, y el comentador, Días Ferreira, da iguales razo-

nes que García Goyena; esto es, «la *incompatibilidad* de funciones». Pero sin duda los redactores del Código español han creído que bastaban, de una parte, el art. 244, que autorizando la excusa á los jueces, evitará alguna vez el conflicto; y de otra, el artículo 189, causa 5.ª de la ley de Enjuiciamiento civil, y el 54, número 6.° de la de Enjuiciamiento criminal, que declaran recusables á los jueces que sean ó hayan sido tutores ó curadores de alguno que fuere parte en el pleito ó causa.

¿Puede nombrarse tutor al menor extranjero que quedase huérfano en España?—Laurent plantea esta cuestión con respecto al derecho francés, y la resuelve afirmativamente. Su razonamiento se basa en el principio que sostiene, de que la tutela es institución de derecho privado, y además un derecho del menor á quien no puede privarse de él. «Por el momento, dice, interesa únicamente saber si el juez puede constituir el consejo de familia para nombrarle tutor. La cuestión no es dudosa. No puede sostenerse que la ley que fija el organismo de la tutele revista mayor carácter civil que la que rige el matrimonio. Si es un derecho natural el de casarse, lo es también para el menor el de ser protegido.» En términos generales nos adherimos á esta doctrina; pero siempre habrá que tener en cuenta el art. 294 respecto de la posibilidad de formar el consejo en ciertos casos: v. gr.; cuando no habiendo designado sus miembros los padres, no haya tampoco parientes en España, pero sí en el país extranjero á que pertezca el menor.—El acuerdo con el cónsul ó representante de su nación se hace aquí necesario.

¿Puede el segundo marido de la madre ser nombrado tutor dativo de los hijos del primer matrimonio de aquélla?—La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Junio de 1901, considera capaz al segundo marido para ejercer la tutela sobre los hijos del primer matrimonio, fundándose, entre otras razones, en que la circunstancia de hallarse casado con la madre que perdió al casarse segunda vez la patria potestad, no está comprendida entre las incapacidades que taxativamente señala el art. 237.

ARTÍCULO 238

Serán removidos de la tutela:

1.° Los que, después de deferida ésta, incidan en alguno de los casos de incapacidad que mencionan los números 1.°, 2.°, 3.°, 4.°, 5.°, 6.°, 8.°, 12 y 13 del artículo precedente.

2.° Los que se ingieran en la administración de la tutela sin haber reunido el consejo de familia y pedido el nombramiento de protutor, ó sin haber prestado la fianza cuando deban constituirla, é inscrito la hipotecaria.

3.° Los que no formalicen el inventario en el término y de la manera establecida por la ley, ó no lo hagan con fidelidad.

4.° Los que se conduzcan mal en el desempeño de la tutela.

La mayor parte de las disposiciones contenidas en este artículo no necesitan aclaración; pero sí algunas, especialmente de las que se refieren al art. 237.

Dice, en efecto, el núm. 1.° del que comentamos, que será removido el tutor que incida en el número 4.° del artículo precedente; y como este número se refiere á los que fuesen *removidos* de una tutela anterior, hay que suponer que se indica con esto la tutela de fecha anterior, en cuyo desempeño continúa el que la obtuvo, al serle deferida la segunda; porque si la remoción se hizo antes de esa fecha no puede ser causa de nueva remoción, sino de incapacidad. Las causas de incapacidad son causas de remoción cuando se incide en ellas después de deferida la tutela.

Puede extrañarse que se incluya el núm. 8.° y no el 9.° del art. 238. En efecto; si no hay necesidad de citar este segundo—porque, caso de ocurrir, lo que se promueve es una mera oposición de intereses, en la que el protutor viene á cump.ir sus funciones propias, sin necesidad de remover al tutor (núm. 2.° del art. 236)—igual oposición ocurre en el caso del número 8.° Sin

embargo, la diversidad de los casos justifica el precepto de la ley. El tutor no lastima en nada la honra ni la posición social de su menor ó incapacitado cuando le demanda sobre la propiedad de algunos bienes, que es el caso del núm. 9.°, cuando hay litigio entre ellos sobre el pago de alguna deuda, que es el caso del núm. 10, también excluído. En estas cuestiones, llevadas á los tribunales para que decidan lo que puede ser dudoso, bien puede el protutor representar al menor, sin que haya motivo para remover al tutor, que se limita á hacer uso de su derecho sin ofender al menor. Pero si aquél después de aceptado el cargo, y valiéndose acaso de datos ó documentos encontrados entre los papeles del finado, lo cual constituiría un abuso, promueve pleito contra su pupilo negándole la filiación legítima ó su estado civil, que es el caso del núm. 8.°, ¿no sería un escándalo que siguiera con la representación de la persona desvalida á quien lastima de ese modo? Por eso la remoción es necesaria en este caso, y no en los otros dos.

El núm. 2.° es consecuencia del art. 234, que ya vimos; y en verdad, no hay en ella remoción de un tutor, sino de un intruso. Y los números 3.° y 4.° tampoco requieren explicación alguna.

Téngase presente que el art. 210 contiene otra causa de remoción no mencionada aquí.

¿Podría serlo también el hecho de ausentarse á Ultramar el tutor ó protutor? Ya hemos apuntado antes este problema, que el Código no resuelve. Aunque la regla es que los menores vivan con su tutor, pues sin esto mal podrían cumplirse las funciones de la tutela, parece demasiado exigir que deban seguirle á lejanas tierras, cuando necesite ó desee ausentarse, teniendo en cuenta, sobre todo, que «tal vez el clima ó los intereses del menor no lo permitan, y además, porque el consejo de familia no puede establecerse en las condiciones que la ley exige, en las apartadas regiones donde el tutor tenga que marchar» (1). El

(1) Ramos Bascuñana. *Capacidad de los menores para contratar y obligarse*, páginas 173, 174.

protutor y el consejo de familia, bajo cuya vigilancia se ejerce la tutela (art. 201), habrán de resolver en tales casos lo que estimen más conveniente para el menor ó incapacitado; sin el acuerdo ó consentimiento de aquéllos no podrá el tutor realizar su proyecto, y si se ausenta, se tendrá por abandonada la tutela.

Esta ausencia y abandono no autoriza, sin embargo, al consejo de familia para nombrar otro tutor, hasta tanto que el primero haya sido removido del cargo. Que el abandono es causa bastante para la remoción, sin duda por estar comprendida en el núm. 4.º del art. 238, lo confirma la Resolución de 17 de Marzo de 1893.

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Junio de 1895 desestima la remoción de un tutor pretendida por el consejo de familia, sentando como doctrina que no es bastante para ello la no prestación de fianza, cuando el tutor está relevado de prestarla; ni el no haber asistido personalmente á la formación de inventario de los bienes del menor, cuando los Tribunales conocen del asunto, y no sea resuelto aun si puede el tutor valerse de un apoderado; ni el hecho de vender bienes sin autorización del Consejo, cuando contra el acuerdo negativo de éste recurrió el tutor, y fué autorizado judicialmente.

El art. 238 es de interpretación restrictiva, y las causas de remoción de los tutores no pueden aplicarse, por simples razones de mal entendida analogía, á los albaceas. (Sentencia de 4 de Febrero de 1902.)

La de 12 de Febrero de 1903, declara que el tutor puede ser removido de su cargo antes de empezar á ejercerlo, si existe causa para ello; el art. 238 no lo prohibe, y la naturaleza de alguna de las causas que enumera, impone como necesaria la inmediata remoción del tutor en quien concurran.

ARTICULO 239

El consejo de familia no podrá declarar la incapacidad de los tutores y protutores, ni acordar su remoción, sin citarlos y oirlos, si se presentaren.

ARTÍCULO 240

Declarada la incapacidad, ó acordada la remoción por el consejo de familia, se entenderá consentido el acuerdo, y se procederá á proveer la tutela vacante, cuando el tutor no formule su reclamación ante los Tribunales dentro de los quince días siguientes al en que se le haya comunicado la resolución.

Relaciónanse ambos artículos estrechamente, hasta el punto de completarse refiriéndose á un mismo acto. Por ellos se viene á modificar, aunque sin menoscabo de la defensa del tutor y del buen proceder del consejo de familia, lo dispuesto en la ley de Enjuiciamiento civil, según la cual (art. 1879), para decretar la separación de los tutores y curadores, es indispensable oirlos y vencerlos en juicio, sin que pudieran ser removidos por acto de jurisdicción voluntaria. El Código, siguiendo la iniciativa del Proyecto de 1851, que establecía idéntica doctrina en sus artículos 205, 206 y 207, señala dos instancias verdaderas: la primera, confiada al consejo de familia, y, en ella, como no podía menos, se sostiene el principio de que nadie puede ser juzgado sin ser oído, al ordenar que los tutores y protutores, de cuya remoción se trate, sean citados y se admitan sus explicaciones y excusas si se presentaren. Lo propio disponía ya la ley 2.ª, título 18, Partida 6.ª, y lo mismo exige la Resolución de la Dirección de los Registros de 17 de Marzo de 1893: aun en caso de ausencia y abandono del cargo, debe el tutor ser citado para que se defienda antes de acordarse la remoción.

Originase, pues, un verdadero juicio, cuyas partes son: de un lado, el que hubiese pedido la remoción ó, advertido de que

procedía, el consejo mismo; y de otro, el tutor ó protutor acusado. A la ley de Enjuiciamiento civil corresponde ordenar el procedimiento que para ello haya de emplearse, y, sin duda, así se hará en la reforma necesaria para ponerla en armonía con el Código. Mientras tanto el consejo señalará el término que prudencialmente estime necesario para oir al tutor, y dictará después su resolución motivada.

No dice el Código cuál sea el tribunal competente para la alzada, ni cuál el procedimiento que se haya de seguir en la reclamación. Respecto del primer punto, cabe decidirse teniendo en cuenta lo que dispone el Código en el art. 310, correspondiente á la manera de proceder el consejo de familia; pues allí se dice que «de las decisiones del consejo pueden alzarse ante el juez de primera instancia los vocales que hayan disentido..., así como también el tutor, el protutor», etc. Estos deben, por tanto, plantear su reclamación ante el juez de primera instancia en el improrrogable plazo de quince días, transcurrido el cual se convierte en ejecutivo el acuerdo. En cuanto al procedimiento, deberá ser el que fija la ley de Enjuiciamiento civil para el juicio declarativo de mayor cuantía, debiendo sustanciarse por los trámites establecidos para los incidentes, conforme al art. 1879 antes citado de dicha ley, mientras no se resuelva otra cosa.

Por último, tampoco dice nada el Código acerca de quién puede pedir la remoción del tutor sospechoso. Según nuestra ley de Partidas, conforme en este punto con el derecho romano, todo el mundo, puesto que declaraba pública la acción (ley 2.ª, título 18, Partida 6.ª), designando señaladamente el deber en que estaban de ejercitarla la madre, abuela, hermana y ama que crió al huérfano.

El Código no habla más que del deber en que se coloca el protutor, por razón de su cargo, de llamar la atención del consejo sobre la gestión del tutor (núm. 3.º del art. 236); y de aquí se deduce que la acción de remoción le compete á él en primer lugar, aunque, sin duda, no puede considerársela vedada á los miembros del consejo de familia, y mucho más cuando se trate de la remoción del protutor.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Febrero de 1897, debe recurrirse contra el acuerdo de consejo referente á la remoción, en forma legal, ó sea valiéndose de procurador y abogado, no bastando un simple escrito del interesado. De la misma sentencia se deduce que no es necesario que preceda acto de conciliación, por lo que aunque se intente antes de los quince días, no produce ese acto el efecto de interrumpir la prescripción del plazo.

Resta tan sólo advertir que, aunque el art. 240 no menciona más que al tutor, todo lo que en él se dice debe ser extensivo al protutor, cuya razón de derecho es la misma. Igual se advierte respecto de los dos artículos que siguen.

ARTÍCULO 241

Cuando el tutor promueva contienda judicial, litigará el consejo á expensas del menor; pero podrán ser personalmente condenados en costas los vocales, si hubiesen procedido con notoria malicia.

No necesita de comentario ninguno este artículo, porque su doctrina, además de muy justa, es sobradamente clara. Téngase presente que se refiere al caso en que el consejo de familia haya declarado la incapacidad ó acordado la remoción del tutor ó protutor. Si el agraviado reclama contra el acuerdo ante el juez de primera instancia dentro del plazo fijado en el artículo anterior, será parte en este juicio el mismo consejo para sostener su resolución; y como esto debe hacerlo en interés del menor ó incapacitado, justo es que litigue á expensas del que ha de recibir el beneficio; fuera del caso en que se pruebe que procedieron con *notoria malicia* y sin razón derecha los vocales que adoptaron la resolución; pues en tal caso justo es también que al ser vencidos en el pleito, sean condenados *personalmente* en las costas del mismo, en pena de temeridad y mala fe, de la que no puede ser responsable el menor.

El precepto de este artículo, como afirman las sentencias del

Supremo de 8 y 27 de Octubre de 1898, no admite interpretación extensiva, y no puede, por tanto, aplicarse á los incidentes promovidos sobre acuerdos tutelares independientes de los litigios entre el tutor y el consejo en caso de remoción.

En los pleitos entre un padre y un curador especial sobre si aquél debía ó no cesar en la administración de los bienes ó de determinados bienes de sus hijos, la cuestión es puramente personal entre ellos, y no produce responsabilidad para los menores, ni consiente que las costas impuestas al curador se abonen á cargo de éstos. (Sentencia de 30 de Enero de 1895.)

Cuando deba litigarse á expensas del menor, con arreglo al art. 241, el consejo de familia solicita la provisión de fondos, el Juzgado la acuerda, y ha de considerarse como un anticipo, de cuya legítima inversión debe darse cuenta en su día, como declara la sentencia de 15 de Enero de 1901.

ARTÍCULO 242

Cuando la resolución del consejo de familia sea favorable al tutor y haya sido adoptada por unanimidad, no se admitirá recurso alguno contra ella.

Si la decisión del consejo de familia perjudica al tutor ó protutor, el Código les ofrece la garantía de un recurso ante el juez; pero si declara la improcedencia de la remoción ó de la incapacidad, parece lógico que el que hubo de pedirla pueda también alzarse del acuerdo. El artículo presente se limita á negarlo en el caso en que se hubiese adoptado por unanimidad; lo cual implica que si se acordó por mayoría, cabe el recurso.

En este caso, ¿quién podrá entablar la reclamación? Parece indudable que corresponde, según el art. 310, á los vocales del consejo que hayan disentido de la mayoría; al protutor, si la remoción se refirió al tutor, y, en fin, á cualquiera de los parientes del menor ó incapacitado, y á las personas á quienes la decisión interese.

Respecto á la negativa de recurso en caso de unanimidad, el

Proyecto de 1851 iba más lejos, negándolo llanamente siempre que la declaración del consejo fuese favorable al interesado (artículo 208); y esta doctrina defendíala Goyena diciendo «que el consejo de familia, compuesto de parientes y amigos, es el protector y salvaguardia del huérfano: ¿bajo qué socolor podría atacarse su decisión en este caso?» Indudablemente bajo ninguno, cuando el acuerdo haya sido por unanimidad, como ahora se establece; no así en el caso de que haya habido divergencia de pareceres en el consejo.

En cuanto á la *unanimidad*, no exigiéndose en este artículo ni en otro alguno la concurrencia de todos los vocales del consejo para resolver sobre la incapacidad ó remoción del tutor ó protutor, y previniéndose en el 305 que para adoptar resolución sobre cualquier punto basta la presencia de tres vocales, tomándose los acuerdos por mayoría de votos, claro es que habrá *unanimidad* siempre que voten en el mismo sentido todos los vocales que concurran al consejo, aunque no se reunan los cinco, con tal de que sean tres por lo menos. Al acuerdo adoptado en esta forma se refiere sin duda el presente artículo.

ARTÍCULO 243

Si por causa de incapacidad no entrare el tutor en el ejercicio de su cargo, el consejo de familia proveerá á los cuidados de la tutela mientras se resuelve definitivamente sobre el impedimento.

Si el tutor hubiese ya entrado en el ejercicio del cargo, y el consejo de familia declarare la incapacidad ó acordare la remoción del tutor, las determinaciones que adopte para proveer á los cuidados de la tutela, en el caso de promoverse litigio, no podrán ejecutarse sin la previa aprobación judicial.

Concuerda este artículo, casi en absoluto, con el 209 del Proyecto de 1851, y señala uno de los casos en que el consejo viene á intervenir y aun á realizar directamente la guarda del menor ó incapacitado, que no debe desaparecer ni un momento en per-

juicio de éste. Téngase en cuenta de todos modos que, correspondiendo más bien la función subsidiaria al protutor, si ha sido ya nombrado y reconocido, será él quien atienda á los cuidados de la tutela en primer lugar, como miembro activo y de acuerdo con el consejo. Así vendrá á tener reconocimiento la personalidad jurídica de aquél, cumpliéndose uno de los casos que señala el núm. 5.º del art. 236. Por otra parte, ya el art. 256 establece que el protutor ejercerá en ciertos casos, provisional ó subsidiariamente, los oficios de tutor (1).

Combinando la disposición del segundo párrafo de este artículo con la del 240, se deduce: 1.º, que si el tutor acusado de incapacidad ó cuya remoción se haya decidido después de haber entrado en el ejercicio del cargo, usase del recurso que le concede el art. 240, continuará encargado de la tutela, hasta que se resuelva su reclamación; y 2.º, que esto no obstante, podrá el consejo de familia proveer á los cuidados de la tutela, cuando haya motivos para temer abusos del tutor, pero sometiendo sus acuerdos á la aprobación judicial.

El primer extremo era defendido por García Goyena, con relación al citado art. 209 del Proyecto de 1851, con estas razones: «El tutor está en posesión del ejercicio de la tutela, y tiene por sí presunción de bueno, mientras no se pruebe lo contrario. Su separación, aunque interina, lastimaría su reputación; y una medida de esta gravedad requiere mayor detenimiento é imparcialidad. Se reserva, por lo tanto, al prudente arbitrio del juez ó tribunal que provea según las circunstancias, oyendo sumariamente al tutor sobre este artículo. Tal fué la opinión de los intérpretes del derecho romano, á pesar de lo terminante del texto citado, y á la misma se inclina Gregorio López en su glosa segunda á la ley de Partida no menos terminante.» Sin duda, iguales razones han tenido en cuenta los redactores del Código, y con ellas la circunstancia de que el acuerdo del consejo no es

(1) Véase sobre este punto el libro del Sr. Ramos Bascuñana, *Capacidad de los menores para contratar y obligarse*, págs. 172 y 173.

ejecutorio hasta que sea confirmado por resolución firme de los tribunales, en el caso de promoverse el litigio.

El Código ha seguido en este punto la doctrina de la ley de Enjuiciamiento civil, cuyo art. 1839 dice, refiriéndose al caso en que se hiciera oposición al nombramiento del tutor: «Durante la sustanciación del juicio, quedará á cargo del tutor electo la custodia del menor y la administración de su caudal, *bajo las garantías que pareciesen suficientes al juez*»; hoy bajo las que estime suficientes el consejo de familia, pero con la diferencia que se establece en el presente artículo. Si por causa de incapacidad, el tutor no hubiese entrado en el ejercicio del cargo, el consejo acordará lo que estime conveniente para atender á la tutela hasta la resolución del pleito, y lo llevará á efecto desde luego; pero en el caso de remoción y siempre que el tutor haya entrado en el ejercicio del cargo, aunque debe adoptar las mismas medidas, no puede ejecutarlas sin la previa aprobación judicial, en el caso de promoverse litigio. Si el tutor se conforma, no hay cuestión; pero si hace uso del recurso de alzada que le concede el art. 240 por creerse lastimado injustamente en su reputación ó en sus derechos, el consejo habrá de someter su acuerdo á la aprobación del juez, el cual habrá de oir en este incidente al tutor lastimado. Así quedan debidamente garantizados los derechos de una y otra parte.

En cuanto al segundo punto, el Código portugués contiene una previsión que parece conforme con el espíritu general de sus demás disposiciones, que son análogas á las del nuestro. Dice su art. 241: «En el caso de remoción, si el removido estuviese en el ejercicio de sus funciones y *hubiese grave inconveniente en que continúe con la gerencia, mientras no se resuelva el recurso*, podrá el curador requerir del Juez la providencia provisional que parezca indispensable.» Y el comentarista Dias Ferreira explica el artículo en los siguientes términos: «Decretada la remoción por el consejo de familia, si el removido estuviese en el ejercicio de sus funciones y hubiese inconveniente en que continúe en ellas, no es el consejo quien provee, sino el Juez.—Como

el recurso tiene efecto suspensivo, no puede procederse á la sustitución hasta la decisión final; pero como la continuación del removido en el ejercicio de sus funciones podría ser de grave perjuicio para el menor, puede el juez ordenar su sustitución provisional, aun *ex officio*, independientemente del requerimiento del ministerio público.»

Aceptamos esta doctrina y la creemos aplicable conforme á lo que dispone nuestro Código, con la diferencia de que no corresponde al juez, sino al consejo de familia la sustitución provisional del tutor en el caso extremo á que se refiere, pero sin poder ejecutarla sin la aprobación judicial, como se ha dicho.

Jurisprudencia.—Durante el pleito de remoción del tutor, provee á los cuidados de la tutela, según el art. 243, el consejo de familia, y como ejecutor de los acuerdos del consejo, su presidente, á quien compete la representación del menor, y así lo confirma la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Julio de 1896, añadiendo que dicho artículo en su segunda parte sólo es aplicable al caso en que exista contienda entre el consejo de familia y el tutor.

Proveer á los cuidados de la tutela, afirman las sentencias de 8 y 27 de Octubre de 1898, significa lo mismo que ejercer dicha tutela, por lo que no cabe en el caso del art. 243 que el consejo nombre un tutor interino, ya que no le es lícito á la persona á quien la ley confiere un cargo, desprenderse de él en todo ni en parte.

Abundando en la misma doctrina, pero marcando aun más su alcance, declara la sentencia de 15 de Enero de 1901, que el tutor removido del cargo por el consejo de familia, aunque se alce de este acuerdo ante los Tribunales, cesa en el desempeño de su cargo, pasando á desempeñar sus funciones, aunque con intervención judicial, el expresado consejo, puesto que proveer á los cuidados de la tutela significa lo mismo que ejercer ésta.

Contra los acuerdos del consejo, en el caso del párrafo segundo del art. 243, no cabe recurso de alzada ante la autoridad judicial, porque no siendo aquéllos ejecutivos sin la aprobación

de dicha autoridad, ante ésta, cuando conoce del asunto, deben alegarse las razones que aconsejen en interés del menor la no ejecución del acuerdo. (Sentencia de 27 de Octubre de 1898.)

Contra el auto de aprobación por el Juzgado pueden, en cambio, utilizarse todos los recursos establecidos en la ley contra las resoluciones judiciales. (Sentencia de 19 de Mayo de 1899.)

Aplica también este artículo la sentencia de 19 de Octubre de 1907.

CAPÍTULO VII

De las excusas de la tutela y protutela.

Entiéndese por *excusa*, en el lenguaje común y corriente, todo motivo ó causa que alega una persona para dejar de cumplir ó para explicar el incumplimiento de un acto prometido ó debido. El Código acepta este modo usual y estricto de entender la palabra, y rompe, por tanto, con la amplia significación jurídica que hubo de darle el derecho romano, según cuya doctrina eran *excusas*, tanto las causas de inhabilitación ó incapacidad para la tutela, como estas otras de que se ocupa el presente capítulo, llamando á las primeras *necesarias*, y *voluntarias* á las segundas.

Semejante impropia división había sido aceptada y seguida por algunos tratadistas, no obstante el ejemplo en contrario de varias leyes. Así, las Partidas habían distinguido perfectamente entre unas y otras causas, al hablar de las primeras en la ley 14, tít. 16 de la Partida 6.ª, bajo el título de «Quales son aquellos que non pueden ser guardadores de otro»; y de las excusas, en la primera, tít. 17 de la misma Partida, definiéndolas así: «Escusança tanto es como mostrar alguna razón derecha en juyzio, porque aquel que es dado por guardador de algún huérfano non es tenudo de recibir en guarda á él nin á sus bienes». La distinción se ve ya claramente establecida en el Proyecto de 1851, del mismo modo que en el Código actual; y ciertamente que no necesita de mayores explicaciones. La incapacidad es una causa que califica á la persona en quien recae, quiera ella ó no, alegue ú oculte el hecho, mientras que la excusa es enteramente voluntaria y no incapacita para la tutela,

sino que evita su ejercicio por convenir así al alegante. Por esto dice con gran razón García Goyena, que en los impedimentos ó prohibiciones para la tutela y protutela «se atiende únicamente al interés del menor, mientras que las excusas sólo tienen por objeto el interés ó comodidad del nombrado, y por lo tanto, pueden renunciarse».

Hechas estas consideraciones, vengamos á estudiar las causas en que pueden fundarse las excusas.

ARTÍCULO 244

Pueden excusarse de la tutela y protutela:

1.° Los Ministros de la Corona.

2.° Los Presidentes de los Cuerpos Colegisladores, del Consejo de Estado, del Tribunal Supremo, del Consejo Supremo de Guerra y Marina, y del Tribunal de Cuentas del Reino.

3.° Los Arzobispos y Obispos.

4.° Los Magistrados, Jueces y funcionarios del Ministerio fiscal.

5.° Los que ejerzan autoridad que dependa inmediatamente del Gobierno.

6.° Los militares en activo servicio.

7.° Los eclesiásticos que tengan cura de almas.

8.° Los que tuvieren bajo su potestad cinco hijos legítimos.

9.° Los que fueren tan pobres que no puedan atender á la tutela sin menoscabo de su subsistencia.

10. Los que por el mal estado habitual de su salud, ó por no saber leer ni escribir, no pudieren cumplir bien los deberes del cargo.

11. Los mayores de sesenta años.

12. Los que fueren ya tutores ó protutores de otra persona.

I

Consideraciones generales.

La mayor parte de estas causas se hallan contenidas, con ligeras variantes, en las leyes 1.ª, 2.ª y 3.ª del tít. 17 y Partida 6.ª, que con la 7.ª, tít. 2.º, libro 10 de la Novísima y las Ordenanzas del ejército, constituían la legislación vigente en punto á excusas, antes de publicarse el Código. Este introduce, como decimos, algunas diferencias, consistentes, parte en considerar como causas de incapacidad varias que las Partidas incluyeron como de excusa (los números 1.º, 8.º y 9.º del art. 237) y en suprimir otras; todo lo cual advertiremos en el examen especial de cada caso.

1.º *Los Ministros de la Corona.*—No ha podido figurar esta excusa en nuestro antiguo derecho, puesto que el cargo de Ministro es de reciente origen, derivando del establecimiento del gobierno constitucional. Se justifica por la multitud de ocupaciones y servicios que solicitan constantemente la actividad de aquellos funcionarios.

2.º *Los Presidentes de los Cuerpos Colegisladores, etc.*—Nada tiene que explicar este número, cuya razón es igual á la del anterior.

3.º *Los Arzobispos y Obispos.*—La ley de Partidas (14, tít. 16, Partida 6.ª), consideraba como excluídos ó incapaces á los Obispos, alegando que «estos atales han de servir á Dios en las iglesias, y non deben embargarse de este servicio por la guarda de tales huérfanos». El Proyecto de 1851 no los menciona en este sitio. Tampoco los citan muchos Códigos extranjeros, como el italiano, el francés, el de Méjico y el portugués. El de Luisiana los incluye sin duda, en su fórmula «los ministros del culto» (número 7.º del art. 312).

4.º *Los magistrados, jueces y funcionarios del Ministerio fiscal.* No figura este caso en la mayoría de las legislaciones extranjeras, alguna de las cuales, como ya hemos visto, declaran inca-

paces á los jueces en ciertas condiciones. El Código ha querido, tal vez, seguir el precedente de la ley de Partidas, que permite (2.ª, tít. 17, Partida 6.ª), excusarse á «los que hubieren de juzgar y cumplir la justicia por obra», excepto si fuesen nombrados para el cargo estando ya en ejercicio de la tutela.

En rigor, si hay motivo para incapacitarlos en la forma que ya expusimos, no lo hay para que se excusen, una vez admitido que pueden ser tutores; puesto que ni se da en ellos la superioridad del cargo como en los citados antes, ni la multiplicidad y agobio de quehaceres que en éstos concurren. Las atenciones del juzgado y del tribunal dejan, por lo común, bastante tiempo para consagrarse á otras cosas, entre las cuales bien se pueden contar la tutela y la protutela.

Ciñéndonos ahora á los términos del artículo, debemos suponer que en él están comprendidos, no sólo los magistrados, jueces y fiscales civiles, sino también los elesiásticos y militares equiparados á éstos: la causa que en unos y otros concurre es idéntica.

5.º *Los que ejerzan autoridad que dependa directa ó inmediatamente del Gobierno.*—En este punto es más discreto nuestro Código que muchos de los extranjeros: así el portugués, que excusa á todos los empleados nombrados por el Gobierno (núm. 2.º del art. 227), por lo cual le censura muy acertadamente el comentador Dias Ferreira. La legislación francesa sólo excusa á los prefectos (art. 427); y el Código de Italia á los «secretarios y directores generales de las Administraciones centrales del Reino y los jefes de Administraciones provinciales (núm. 5.º del artículo 272). La ley de Partidas (2.ª, tít. 17, Partida 6.ª), comprendió á «los mensajeros del Rey y á los que van á recaudar rentas». El presente número se aplica manifiestamente á los gobernadores civiles y á los delegados de Hacienda.

Nuestro Código tiene, en cambio de la limitación que le coloca por encima del portugués, un defecto, que consiste en no dispensar á los empleados en servicios del Estado fuera del Reino, como decía el Código de Holanda (art. 334); ó á «las perso-

nas que desempeñen una misión del Gobireno fuera del Reino, ó que por razón de un servicio público se hallen fuera del territorio del tribunal en que la tutela se halla constituída», según consigna el italiano (núm. 7.º del art. 273); ó á «las personas que ejerzan fuera del territorio nacional una misión conferida por el jefe del Estado», como se lee en el francés (art. 428): pareciéndonos á nosotros que la razón de ausencia en empleados públicos, si no con el rigor que el art. 427 del Código francés ó el 273 del italiano establecen, en algunos casos podía ser motivo de excusa y aun de incapacidad.

6.º *Los militares en activo servicio.*—El hecho de pertenecer á la milicia ha sido motivo de incapacidad en el derecho romano: *nec volens admititur*, y en nuestra antigua legislación (ley 14, título 16, Partida 6.ª): «el cavallero mientras viviere fuera de su casa sirviendo al Rey ó á otro su señor en servicio de la cavalleria.» Sostuvieron esta doctrina los tratadistas Febrero y Gutiérrez, entre otros. Pero las ordenanzas para el régimen y disciplina de los ejércitos, promulgadas en 22 de Octubre de 1768, convirtieron la causa de incapacidad en motivo de excusa, otorgando ésta á los militares en activo servicio y á los retirados que tuviesen quince años de servicios no interrumpidos. Semejante disposición, en su primera parte, ha servido de base á la del Código que comentamos, fundada de un lado en el recuerdo de tradicionales privilegios, y de otro en la consideración de las ocupaciones perentorias y sagradas y de la traslación de residencia que lleva consigo la milicia, y su incompatibilidad con toda otra en tiempo de guerra.

En cuanto á la determinación de los dos conceptos que comprende este número, á saber: quiénes son militares y qué se entiende por servicio activo, encuéntrase en las leyes del ejército de 29 de Noviembre de 1878 y 19 de Julio de 1889, y la de Reclutamiento de 12 de Julio de 1885, modificada por la de 21 de Agosto de 1896, y por la vigente de 19 de Enero de 1912, á las cuales debe acudirse. Nos limitaremos aquí á dar en resumen la nota de los que están excluídos de la ventaja que el presente

número concede, por no reunir las dos circunstancias que en él se exigen. Serán estos: 1.°, los jefes y oficiales excedentes; 2.°, los que se encuentran en situación de reemplazo, cualquiera que sea la causa; 3.°, los reclutas disponibles ó en depósito; 4.°, los jefes y oficiales de la escala de reserva, porque en ellos no concurren las causas que pueden excusar á los que están en servicio activo; 5.°, los soldados que estén en situación de reserva, porque el servicio activo comprende sólo á los que sirven en filas y á los que están con licencia ilimitada; 6.°, los retirados, porque ya no son militares.

7.° *Los eclesiásticos que tengan cura de almas.*—El Código hace aquí una razonable distinción entre las diferentes clases de sacerdotes, refiriéndose sólo á los que ejercen el ministerio parroquial, que son los que tienen *cura de almas*. Desde luego salta á la vista que el núm. 3.° ya explicado es un caso particular del presente, y en él podía haberse incluído. Así lo hace, en efecto, el Código portugués (núm. 4.° del art. 227); no arguyendo la separación que hace el nuestro, más que una consideración especial por parte de sus redactores hacia los más elevados cargos eclesiásticos. Ya hemos visto que el Código de la Luisiana es más amplio en este punto: é igual ocurría en el antiguo sardo, que dispensaba á todos los que hubiesen recibido órdenes sagradas.

8.° *Los que tuviesen bajo su potestad cinco hijos legítimos.*—A estos límites, ciertamente razonables, ha venido á quedar reducida la disposición del derecho romano, que con objeto de fomentar el crecimiento de población, dispensaba de la tutela á los que tuviesen tres hijos en Roma, cuatro en Italia y cinco en las provincias, contando en el número á los emancipados (*sive in potestate sint, sive emancipati*), y á los muertos en el campo de batalla; doctrina que en este último punto copió la ley de Partidas, y que hoy sostienen el Código de Italia y el de Francia.

La razón que justifica ahora esta dispensa es distinta, y se refiere «á las ocupaciones y cuidados consiguientes á la subsistencia y educación de los cinco hijos». Por eso no se cuenta á los

muertos, ni á los emancipados, aunque éstos pueden seguir siendo una carga para los padres. Lo que no vemos razón es para excluir á los legitimados y á los naturales reconocidos, puesto que sí, como decimos, el fundamento de la dispensa es compensar «la carga doméstica en educar y mantener tantos hijos», según decía la Comisión del Proyecto de 1851, en este caso se hallan los hijos que hemos mencionado, los cuales viven con el padre ó padres y son sostenidos por éstos. Los Códigos alemán y suizo no hacen distinción, para los efectos de la excusa, entre hijos legítimos y naturales. El Código de Méjico, sosteniendo la condición de *legítimos*, amplía el caso á todos los descendientes.

9.º *Los que fueren tan pobres que no puedan atender á la tutela sin menoscabo de su subsistencia.*—Se refiere este número á los que necesitan para vivir de su trabajo personal constante, en tal manera, que no pueden distraer su tiempo en asuntos de otro sin producir mengua en el producto útil que les da de comer, ó según dice la ley de Partidas (2.ª, tít. 17, Partida 6.ª): «el que fuese tan pobre, que non ouiesse al por que guarescer, si non *por lauor de sus manos*». En realidad, la calificación de *pobre* es muy vaga y relativa. La ley de Enjuiciamiento civil hubo de entenderlo así, fijando un criterio numérico para decidir la cuestión en los diferentes casos, y ciertamente que sin eso sobrevendrían frecuentes diferencias de apreciación. El Código no se refiere aquí á ese criterio, y en rigor el caso es distinto. En la práctica, no obstante, tal vez habrá que acudir á él; de otro modo, la justificación y apreciación de esta excusa producirá serias dificultades.

10. *Los enfermos crónicos y los que no saben leer y escribir.*—El Código portugués es más explícito tocante al primer punto, pero también por esto de más restringida aplicación. Según él, se excusan «los que padecen enfermedad crónica *que les imposibilita para salir de su casa y para ocuparse personalmente*, en sus propios negocios» (art. 227, núm. 8.º). Otros códigos establecen diferencias según la gravedad del mal, y el francés llega á

decir que si sobreviene esta causa después de admitida la tutela, podrá alegarse para dejarla. La redacción que usa el presente número es algo vaga; pero quizá no cabe otra para prevenir injusticias, dadas las condiciones tan variables de aquel hecho.

En cuanto á la excusa de los que no saben leer y escribir—que no figura en ningún código europeo—estaba redactada en la ley de Partida (2.ª, tít. 17, Partida 6.ª) del siguiente modo: «el que non supiesse leer nin escriuir, si fuesse tan simple ó tan nescio que non se atreviesse á fazer la guarda con recabdo», es decir, con caución. El derecho romano, al consignar esta excusa *(eos qui litteras nesciunt, esse excusandos,* párrafo 8.º, tít. 25, libro 1.º de las *Instituciones*), se refirió á las tutelas largas y difíciles, de tal modo, que si fuese la de que se trata corta y fácil, como ya advertía Goyena, podría no ser admitida la excepción.

Nuestro Código está terminante, como lo estaba el Proyecto de 1851. El ciego se halla comprendido en el caso de este número, como ya previno el derecho justinianeo (Cód., libro 5.º, título 67, ley única).

11. *Los mayores de sesenta años.*—Siempre ha sido la edad avanzada una condición eximente de ciertas cargas, y con motivo cumplido, no por el respeto, sino por los achaques que generalmente acompañan á los muchos años é imposibilitan para no pocas cosas de la vida ordinaria. Todos los códigos aceptan esta excusa, pero varían en el límite de edad. La ley de Partidas, conforme con el derecho romano, exigió setenta años. El Código francés, sesenta y cinco para excusarse de admitir una tutela y setenta para renunciar la admitida; el de Holanda, sesenta para lo primero y sesenta y cinco para lo segundo; esta última cifra es la que pide la legislación italiana; y la portuguesa, alemana y suiza conforman en un todo con nuestro número. Las diferencias no parecen responder, pues, á condiciones de raza y clima; pero siempre estas determinaciones en cifras cerradas dan lugar á arbitrariedades, imposibles de evitar en los casos concretos.

Resta preguntar: para que la excusa sea admitida, ¿será preciso haber cumplido matemáticamente los sesenta años, ó podrá alegarse la regla de *annus inceptus pro completo habetur*? «No puede decirse en razón—observa muy bien Dias Ferreira—que el individuo tiene sesenta años si no están completos». En otros artículos del Código se exige la edad cumplida, y por la redacción del presente puede asegurarse que también es necesaria para la excusa.

12. *Los que fueren ya tutores ó protutores de otra persona.*—El derecho romano y la ley de Partidas exigían para excusarse tener tres tutelas ó curadurías. El Código francés pide sólo dos para librarse de la tercera; el de Suiza, estar encargado de dos tutelas ó de una tutela particularmente absorbente; el de Alemania, desempeñar más de una tutela ó curatela, contándose por una sola la de varios hermanos y hermanas y la de dos protutelas; la mayoría de los códigos modernos, con los cuales conforma este número, eximen sencillamente al que tuviera una tutela, y en verdad que es muy bastante. Téngase en cuenta siempre, que el número de tutelas no se cuenta por el de individuos tutelados, sino por el de los patrimonios que se administran: *Non numerus pupillorum plures tutelas facit, sed patrimoniorum separatio.*

El Proyecto de 1851 quería indicar esto al decir «el que tuviese tutela *de otra persona*»; donde manifiestamente, á pesar de la palabra *persona*, se aludía á patrimonio, como puede verse en la cuestión que Goyena suscita acerca de la división de herencia entre varios hijos que tuvieron nombrado por el padre un solo tutor; debiendo recordar aquí la regla de derecho romano, según la cual, la tutela de tres hermanos, cuyo patrimonio quedaba indiviso, era reputada por una sola (leyes 3.ª y 31, párrafo 4.º, título 1.º, libro 27 del Digesto).

II

Cuestiones

¿Puede haber más causas racionales de excusa?—Causas legales no las hay, si se exceptúa la del art. 245, de que luego nos ocuparemos, porque el 244 es terminante, y la interpretación debe ser estricta. Pero en nuestro derecho antiguo había otras varias, alguna de las cuales no hubiera estado de más conservar.

Dejemos á un lado la concedida á los casados durante los cuatro primeros años de su matrimonio (ley 7.ª, tit. 2.º, libro 10 de la Novísima Recopilación), y la que también se otorgaba á los ganaderos que tuviesen doce yeguas de vientre (ley 3.ª, título 29, libro 7.º de la Novísima Recopilación), por ser ambas de reconocida impertinencia en buenas reglas de lógica. Tampoco tienen hoy razón de ser las que aprovechaban, según la ley de Partidas, á los «maestros de Gramática, ó de Retórica, ó de Dialéctica, ó de Física, mostrando su sciencia á los escolares e obrando por ella en su tierra, y á los filosophos que muestran el saber de las naturas», etc. Pero sí cabe para la consideración en aquella otra que formuló la citada ley de Partidas del siguiente modo: «se podría excusar de la guarda del huérfano el que oviesse auido gran enemistad capital con el padre de aquél que le quisiessen dar en guarda. E capital enemistad es dicha quando a quel es dado por guardador del huérfano, acuso al padre del de cosas que si le fuessen probadas, que le deuian matar por ende, o ser mal enfamado, o si le ouiesse assechado en otra manera, por lo matar, o si ouiesse seydo su enemigo conoscidamente e non fuesse despues fecha la paz entre ellos» (ley 2.ª, título 17, Partida 6.ª); causas todas, y especialmente la última, que ya que no son reconocidas como productoras de incapacidad, según hemos observado, debieran, cuando menos, permitir la excusa á los que leal y sinceramente se creyesen en el deber de exponerlas.

Y téngase en cuenta que el consejo de familia no podrá evi-

tar, en la mayoría de los casos (excepto en algunos de tutela dativa), que se encargue del menor ó incapacitado una persona en quien recaiga cualquiera de las circunstancias citadas, bastante para que se la considere racionalmente como «sospechosa», porque tal motivo no se halla consignado en el art. 237, ni en el 238.

Valía, pues, la pena, para tranquilidad de las gentes honradas que quieren tener á cubierto de suspicacias públicas su conducta, haber conservado aquel motivo de excusa. No se habrá hecho así en consideración, sin duda, á que el que se halle en ese caso puede obtener el mismo resultado no aceptando la tutela conforme al artículo siguiente.

El art. 244 que comentamos, se halla en evidente relación con el 202, según el cual, los cargos de tutor y protutor no son renunciables, sino en virtud de justa causa. El art. 299 preceptúa á su vez que el tutor y protutor no pueden ser á la vez vocales del consejo de familia. Si al reconstituirse éste, por cualquier motivo legítimo, fuese designado el protutor vocal de dicho consejo por corresponderle legalmente, ¿podrá renunciar el cargo de protutor á pesar de lo dispuesto en los arts. 202 y 244? De esta cuestión se ocupa la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Abril de 1905, en la que después de afirmarse que la designación del protutor, como individuo del consejo de familia, al tener que reconstituirse éste por muerte de uno de los vocales, se ajusta á lo preceptuado en los arts. 294, 295 y 296 del Código civil, se añade que, «si bien el cargo de protutor que desempeña el vocal designado no es renunciable sino por causa legítima debidamente justificada, es indudable que cuando es llamado por ministerio de la ley para formar el consejo de familia al procederse á su reconstitución, no es legalmente posible privarle de la facultad de optar por uno de los dos cargos, á tenor del art. 299 que, consiguientemente, constituye una excusa independiente de las que señala el art. 244, ambos del Código civil, sin que por ello queden perjudicados, como se pretende, los intereses del menor, toda vez que se hallan garantizados por la

disposición del art. 307 del expresado cuerpo legal, al no consentir que intervenga en la reunión del consejo el vocal interesado en el negocio que ha de ser objeto de la resolución de aquél».

ARTÍCULO 245

Los que no fueren parientes del menor ó incapacitado no estarán obligados á aceptar la tutela, si, en el territorio del Tribunal que la defiere, existieren parientes dentro del sexto grado que puedan desempeñar aquel cargo.

A primera vista aparece que el Código intenta aquí establecer, ó indicar al menos, la excusa de ausencia para los parientes que residan fuera de la demarcación expresada, y así lo han creído algunos; pero, en rigor, lo que se hace es preferir á los que están dentro de ella y en cierto grado de parentesco, en beneficio sólo de un extraño; de manera que los parientes no se excluyen entre sí ni pueden alegar esta excusa. Fúndase en la razón de que la carga de la tutela debe corresponder, en primer término, á los que están ligados por lazos de sangre con el menor ó el incapacitado, de tal modo, que también pueden corresponderles los beneficios del patrimonio; y así el presente artículo se refiere al sexto grado, porque hasta él, según el 955, se extiende la capacidad para suceder abintestato.

Las palabras «que puedan desempeñar aquel cargo» se refieren, sin género de duda, á los casos en que el pariente no tenga incapacidad ó motivo de remoción; pero algunos comentaristas entienden también que pueden aplicarse á otras circunstancias, por las cuales crea el consejo de familia que no procede encargarle la tutela, apreciando libremente las condiciones de aquél, y no admitiendo, por tanto, la excusa del extraño. Opinamos, sin embargo, por nuestra parte, que es difícil en los términos legales del Código sostener esta doctrina. Otra cosa será, si, alegándose la excusa de este artículo, el pariente ó parientes que se hallen en las condiciones fijadas alegasen á su vez cual-

quiera de las que menciona el art. 244. El consejo es quien ha de apreciar el respectivo valor de las causas que concurren en cada uno de los interesados; pero nuestro parecer se inclina á que, no siendo de gravedad la que presentase el pariente, debe darse preferencia á la del extraño, como menos obligado que está, y excusarle de la tutela ó protutela.

ARTÍCULO 246

Los excusados pueden, á petición del tutor ó protutor, ser compelidos á admitir la tutela luego que hubiese cesado la causa de la exención.

La consecuencia que establece este artículo es perfectamente lógica y no requiere explicación. El motivo en que se funda la excusa puede ser transitorio, y no hay razón para que, una vez desaparecido, siga aún produciendo iguales efectos que cuando existía.

ARTÍCULO 247

No será admisible la excusa que no hubiese sido alegada ante el consejo de familia en la reunión dedicada á constituir la tutela.

Si el tutor no hubiere concurrido á la reunión del consejo, ni tenido antes noticia de su nombramiento, deberá alegar la excusa dentro de los diez días siguientes al en que éste le hubiese sido notificado.

ARTÍCULO 248

Si las causas de exención fueren posteriores á la aceptación de la tutela, el término para alegarlas empezará á contarse desde el día en que el tutor hubiese tenido conocimiento de ellas.

I

Consideraciones generales.

El asunto que concretamente determinan estos dos artículos es el plazo ó tiempo hábil para alegar las excusas en los diferen-

tes casos que pueden ocurrir; bien la causa sea anterior ó posterior al nombramiento, ó éste conocido más ó menos pronto por aquel en quien recae, etc. De su contexto general se deduce el principio de que la excusa, para ser válida, no sólo ha de estar comprendida en alguno de los números del art. 244 ó en el 245, sino que es preciso alegarla en debido tiempo y ante el consejo de familia. La variación que con esto se introduce respecto del derecho antiguo, es una lógica consecuencia del reconocimiento y funciones del citado consejo: donde éste no existe, como antes no existía en nuestra patria, la autoridad competente para recibir la alegación de excusas era el juez, porque también él era quien nombraba al tutor. Así lo disponen el art. 1840 de la ley de Enjuiciamiento civil, acorde con la 4.ª, tít. 17 de la Partida 6.ª, y algunos Códigos extranjeros, como el francés. Habiendo sustituído el consejo de familia al juez en la función nominativa, es natural que lo sustituya igualmente en el conocimiento de las excusas.

También se varía lo concerniente al plazo para proponerlas ó alegarlas. La regla general es que esto se verifique en la reunión convocada para constituir la tutela, y á la cual tienen obligación de asistir el tutor y el protutor cuando sean citados (art. 308), como deberá serlo el tutor electo para la reunión dedicada á constituir la tutela. Si éste acude, podrá entonces proponer la causa que en él concurra, si es de las contenidas en los artículos 244 y 245, y el consejo resolverá. Si calla, su silencio valdrá como aceptación, quedando cerrado todo camino para proponer más tarde excusas, excepto en el caso del art. 248. Así lo declara el art. 438 del Código francés, análogo al nuestro, pero más explícito en este punto.

Mas podría suceder que el tutor no tuviese noticia de su nombramiento antes de la reunión del consejo, ó que no hubiera concurrido á ella por no haber sido citado. Sería entonces injusto negarle todo derecho á invocar posteriormente la excusa que le asiste, y como esto no podría hacerlo sin conocer previamente la circunstancia de haber sido nombrado para el cargo de

tutor, el Código procede razonadamente otorgándole, para aquel efecto, el plazo de diez días siguientes al en que le fuese notificado el nombramiento citado, cuya notificación corresponde naturalmente al consejo.

Una circunstancia ha escapado á los redactores del Código, y es la de que el tutor residiere en lugar alejado, de tal modo que le fuese imposible acudir dentro del plazo. Parécenos que si esto ocurre, no será difícil que, aplicando por analogía preceptos consignados en la ley de Enjuiciamiento civil, se conceda la prórroga de un día por cada 30 kilómetros. Valioso precedente para esta interpretación del espíritu equitativo de la ley es, en nuestro propio derecho nacional, la citada ley 4.ª, tít. 17 de la Partida 6.ª, en la cual se concedía al guardador «si más lueño fuesse de cient millas» un día por cada veinte millas «et treynta dias de mas» para mostrar su excusación. Siguiendo este precedente, el Proyecto de 1851 concedió un día más por cada seis leguas, con la condición (tomada de la legislación francesa) de que el tutor pidiese la convocación del consejo de familia. De igual modo, el Código de Méjico concede un día por cada cinco leguas (art. 570) y el francés un día por cada cinco miriámetros de distancia (art. 439). Bien es verdad que el plazo inicial es menor en estas legislaciones, excepto en la mejicana, donde es, como en nuestro Código, de diez días.

Puede, finalmente, suceder que la causa de exención ocurriera con posterioridad á la fecha en que fué aceptado el cargo. También entonces es de justicia que se reconozca al tutor el derecho de alegarla, concediéndole al efecto un plazo cuyo punto de partida ha de ser el momento en que llegase á su conocimiento la causa sobrevenida. Así lo hace el artículo 248, el cual manifiestamente se refiere al plazo determinado en el 247, dada la relación que entre ambos existe; y así lo hizo también el Proyecto de 1851 (art. 214). Tampoco en esto hay uniformidad entre las diversas legislaciones europeas, y para ello, v. gr., el Código portugués fija el plazo de treinta días; pero tales diferencias no modifican el principio.

Con esta disposición ha resuelto el Código la discusión pendiente entre los jurisconsultos acerca de si las excusas se pueden ó no alegar después de la aceptación del cargo, y si las alegadas después deben llamarse *renuncias* y no *excusas*. La denominación no importa desde el momento que se reconoce la posibilidad de abandonar la tutela por la concurrencia de un hecho, de los aceptados como excusa, que ocurriese después de haber empezado el ejercicio de la tutela. Para el menor ó el incapacitado es esto una garantía, y debe mantenerse.

En cumplimiento, pues, del art. 248, el tutor que después de hallarse en el ejercicio del cargo, sea nombrado Ministro de la Corona, juez, ó para cualquiera otro cargo de los determinados en el art. 244, y quiera eximirse de la tutela, deberá alegar la excusa dentro de los diez días siguientes al en que haya recibido el nombramiento; y si no lo hace, queda obligado á continuar en el cargo, sin que pueda ya excusarse por dicha causa. Lo mismo se entenderá en los demás casos: así, el que se excuse por haberle nacido un hijo legítimo, con el que se completa el número de cinco, que no tenía cuando aceptó el cargo, deberá alegar esta excusa, para que sea admisible, dentro de los diez siguientes al del nacimiento del último hijo. En cuanto á los *mayores de sesenta años*, como la ley no fija el límite de esta edad, creemos que deberá admitirse la excusa, como es de sentido común, en cualquier tiempo que se alegue, siempre que justifique el tutor que su avanzada edad no le permite atender á los cuidados de la tutela.

Resta advertir que todo lo dicho conviene lo mismo al protutor, aunque no lo mencionan los dos artículos comentados.

II

Cuestiones.

¿Deben alegarse todas las excusas en el mismo acto?—Proponemos esta cuestión, no porque la creamos absolutamente necesaria, sino por responder al hecho de haberla planteado algunos comentaristas. En realidad, y dados los términos del art. 247,

no hay tal cuestión; si el tutor ó protutor quieren que surtan efecto las excusas que en ellos concurren, deben proponerlas, cualquiera que fuese su número, en la reunión del consejo de familia ó en el día correspondiente dentro del plazo establecido. Si no lo hicieran así, limitándose á presentar una ó varias, pero no todas, quedarían expuestos á que, no siéndoles reconocidas, se viesen obligados á la aceptación del cargo, no obstante asistirles otras de verdadero valor. Ya lo decía, en parte, García Goyena al comentar el art. 212 del Proyecto de 1851: «Si el tutor tuviere dos ó más excusas, deberá proponerlas todas á un tiempo (ley 13, párrafo 8.º, tít. 1.º, libro 27 del Digesto), para evitar al menor dilaciones y perjuicios que, en último resultado, pueden alcanzar al mismo tutor; pero, aunque proponga muchas, claro es que le bastará probar una sola.»

Por esto el Código mejicano, reconociendo la doctrina y previniendo la duda, ha dicho expresamente en su art. 573. «Si el tutor tuviere dos ó más excusas, las propondrá simultáneamente dentro del plazo; y si propone una sola, se tendrán por renunciadas las demás.»

Y con esto somos llevados, como por la mano, á una nueva cuestión.

¿Tienen igual fuerza todas las excusas?—La pregunta no es ociosa, porque sirve para poner de relieve una característica de nuestro Código.

Distingue el italiano, dentro del capítulo de excusas, dos distintas categorías, puesto que, según él, unos *están dispensados* terminantemente del desempeño de la tutela (art. 272), y otros *pueden* serlo ó tendrán derecho á que se les dispense (arts. 273 y 274). De donde se deduce que en los primeros no cabe discusión alguna, ni aparece en ellos el carácter voluntario de la excusa misma, sino que ésta es una consecuencia directa é indeclinable de los hechos que allí se enumeran; mientras que los segundos quedan enteramente á merced de su deseo y necesitan un reconocimiento posterior de la excusa que alegan y que tiene, aparentemente, menos valor que aquellas otras.

El Código francés está redactado en los mismos términos. Hay quienes *están dispensados* de la tutela (arts. 427 y 428) y quienes *pueden rehusar* el cargo de tutor (art. 433); y surge, por lo tanto, la misma vaguedad, que llega hasta permitir la suposición de que los mencionados en primer término tienen *incompatibilidad* entre sus funciones y las de tutela, y sólo en los segundos concurre verdadera excusa en el sentido con que hemos visto debe definirse la palabra.

Nuestro Código, con un sentido de claridad muy superior, coloca á todos explícitamente en igual categoría, al empezar su artículo 244, con las siguientes palabras: «*Pueden excusarse* de la tutela y protutela», donde, no sólo el concepto de *excusa* está mejor comprendido, sino que todas quedan equiparadas y con fuerza idéntica desde el momento en que se prueben.

¿Hay diferencia entre el caso en que el tutor asista personalmente á la reunión del consejo y aquél en que lo haga por representación?— La había, dentro de los términos del art. 213 del Proyecto de 1851, según la interpretación de García Goyena, en concepto del cual si el tutor nombrado era vocal del consejo de familia y se hizo representar por apoderado especial (gracia concedida según el art. 197, cuando los interesados viviesen á distancia), podía proponer la excusa dentro de los diez días. Se comprende la hipótesis en virtud de la cual llegaba Goyena á esta conclusión. El que siendo vocal del consejo de familia fuese llamado á reunión para nombrar tutor, sin indicarle, porque tal vez sea imposible determinarlo que va á recaer en él el nombramiento, no puede darse por enterado personalmente de este hecho cuando asistió sólo por representación, especialmente en el caso de tutela dativa. Es, pues, de justicia que se le conceda un plazo, una vez que sepa el nombramiento, para que exponga las excusas que muy bien podrá ignorar quien le representó.

¿Autoriza á lo mismo nuestro artículo? Uno de los términos del caso está reconocido en él, á saber, el desconocimiento de haber sido nombrado; pero se exige, además, que no hubiere concurrido á la reunión del consejo, y no se dice si la concu-

rrencia ha de ser personal ó por representación. Las consecuencias son bien distintas. Si el interesado concurre personalmente, no puede alegar ignorancia del nombramiento que en la reunión se haga á su favor, y, por tanto, si en el momento no presenta sus excusas, éstas pierden su eficacia. Pero si concurrió por representación, cabe la ignorancia del nombramiento, y se cumple, pues, la fundamental condición para que le sea concedido el plazo de diez días.

Nos inclinamos á creer que en estas circunstancias la interpretación del artículo deberá ser análoga á la de García Goyena, reconociendo que si es cierto que para el efecto de concurrir es igual hacerlo en persona ó por delegación, para el efecto de saber en un momento dado el hecho del nombramiento no son iguales ambos casos.

¿Puede valer la ignorancia del motivo de excusa anterior á la aceptación del cargo para que se otorgue el plazo del art. 248?—La opinión de muchos autores es contraria á la afirmativa, porque dicen que la ignorancia de derecho ó de hecho propio no es admisible. Y esto es evidente para ciertas excusas, dentro de los términos legales, aunque á veces no sea muy equitativo: v. gr., en el caso de edad avanzada. Pero aquí nos referimos al hecho de que, después de admitido el cargo, llegue á saber el tutor que con fecha anterior ha sido nombrado para cualquiera de los cargos que excusan. Bien puede esto suceder tratándose de ciertos nombramientos del poder central con destino á puntos alejados. Ocurriría entonces que, existiendo realmente la excusa antes de la aceptación, no tenía eficacia por causa no imputable al interesado. Nos inclinamos, pues, á que sea reconocida.

Fuera de los términos del art. 248, ¿cabe dispensar del cargo?—Con arreglo al Código indudablemente no. Pero en este caso hay una deficiencia si se le compara con otras legislaciones.

Inspirándose en el sentido que abona la mayor parte de las excusas, es decir, la falta de tiempo y actividad natural bastante para el desempeño del cargo, y suponiendo lógicamente que estas circunstancias pueden sobrevenir cuando menos se

piensa, el Código italiano ha escrito el artículo siguiente, prevención digna, sin duda, de estima:

«El consejo de familia podrá, *en todo tiempo*, dispensar al tutor, protutor ó curador de sus cargos, cuando los mismos consientan en ello y *el consejo lo juzgue necesario para los intereses del menor*». Claro es que de este modo se refiere, no á las causas de incapacidad, ni á las taxativas de excusa que sobrevengan, sino á otras circunstancias que con aplicación estricta de los artículos correspondientes no podrían alegarse, pero que pueden influir mucho en el ejercicio de la tutela y protutela y en menoscabo de los intereses del menor ó incapacitado.

Creemos, por tanto, muy pertinente la amplitud del artículo citado, máxime cuando, exigiendo la conformidad del interesado y del consejo, no se presta á arbitrariedades de éste; y el amaño de ambos en perjuicio del menor, caso de ocurrir, tendría siempre el remedio del art. 310.

ARTÍCULO 249

Las resoluciones en que el consejo de familia desestime las excusas podrán ser impugnadas ante los Tribunales en el término de quince días.

El acuerdo del consejo de familia será sostenido por éste á expensas del menor; pero, si fuere confirmado, deberá condenarse en costas al que hubiese promovido la contienda.

Los dos párrafos del presente artículo requieren cierta explicación.

En el primero se hace constar la cualidad de apelables que tienen las decisiones del consejo de familia, y, por tanto, la condición de tribunal de primera instancia que éste parece revestir. Ya hemos advertido antes que el principio aparece consignado, en general, en el art. 310, y á él hemos de acudir para determinar la primera deficiencia del presente, á saber: ¿quiénes podrán impugnar las resoluciones del consejo? Pues podrán impugnarlas los vocales que hayan disentido de la mayoría al

votarse el acuerdo, el tutor, el protutor, los parientes del menor é incapacitado y cualquier otro interesado en la decisión.

¿Y qué procedimiento habrá de seguirse para las impugnaciones? Evidente es que este particular es de la competencia de la ley de Enjuiciamiento civil, y que sólo cuando ésta sea reformada, quedará clara y perfectamente especificado lo que á tal caso concierne, y que no se previó, por razón natural, cuando la ley citada hubo de redactarse. Pero mientras tanto, es preciso arbitrar alguna solución; y nosotros, conformes con las indicaciones ya hechas en otros artículos, y atendiendo á la regla de que cuando existe ley que por analogía puede aplicarse á un caso nuevo, debe hacerse, máxime si le favorece, somos de opinión que el procedimiento propio es el de los incidentes, según dispone el art. 1840 de la ley citada con referencia á las impugnaciones de excusas en el antiguo derecho.

El párrafo 2.° del artículo que comentamos tiene sólo que advertir su relación con el 310, como ya se ha dicho. Al consejo de familia ó á la mayoría del mismo que hubiere adoptado el acuerdo, corresponde sostenerlo cuando sea impugnado, litigando á expensas del menor, en cuyo beneficio se hace. No contiene este artículo la prevención del 241 sobre que puedan ser condenados personalmente en las costas los vocales, porque no es de presumir que hayan procedido con notoria malicia; pero si esto ocurriere, procederá dicha condena conforme al artículo citado y al 312, que hace responsables á los vocales del consejo de los daños que por su malicia ó negligencia culpable sufriere el sujeto á tutela.

Cuando el Juez de primera instancia, ó la Audiencia en caso de apelación, confirma el acuerdo del consejo, debe condenar en todas las costas del pleito al que hubiese promovido la contienda. No se deja, pues, en este caso al criterio de los tribunales la apreciación de la buena ó mala fe con que se haya litigado: la condena de costas es inherente á la confirmación del acuerdo, á fin de poner á salvo los intereses de las personas desvalidas, sujetas á tutela.

ARTÍCULO 250

Durante el juicio de excusa, el que la proponga estará obligado á ejercer su cargo. No haciéndolo así, el consejo de familia nombrará persona que le sustituya, quedando el sustituído responsable de la gestión del sustituto si fuere desechada la excusa.

Guarda concordancia este artículo con los 1839 y 1840 de la ley de Enjuiciamiento civil, según los cuales, mientras se ventile la aceptación ó no aceptación de la excusa alegada, el tutor electo continúa en la guarda del menor y en la administración de su caudal «bajo las garantías que pareciesen suficientes al Juez». Hoy ha de entenderse esto modificado en el sentido que expresa el presente artículo, de acuerdo con el sistema del Código.

El tutor que se excusa, ya lo haga antes, ya después de haber aceptado, está obligado á ejercer el cargo hasta que se termine el juicio por sentencia firme, lo mismo que previene la ley de Enjuiciamiento. Pero el Código prevé el caso de que el tutor insista en no aceptar ó en abandonar el cargo, y para este caso ordena que el consejo de familia, y no el Juez, nombre persona que sustituya al tutor, bajo la responsabilidad de éste, *si fuere desechada la excusa*. ¿Y si no lo fuere? Entonces el consejo será responsable de la gestión del sustituto, y por lo mismo no puede negársele la facultad de exigir las garantías que estime suficientes.

El sustituto ejercerá todas las funciones del tutor respecto á la persona y á los bienes del menor ó incapacitado; pero sólo mientras dure el pleito. Terminado éste por resolución firme, si se deshecha la excusa, tendrá que encargarse de la tutela el tutor vencido; y si se estima, habrá de procederse al nombramiento de nuevo tutor en la forma que corresponda, cesando en ambos casos el sustituto.

Otra modificación resulta también en las disposiciones cita-

das de la ley de Enjuiciamiento civil. Según ellas, mientras se ventilaba el juicio de excusa, y para este efecto, representaba al menor ó incapacitado el Ministerio fiscal; huelga decir que ahora, y en lo que haya contradicción entre los intereses de aquél y las pretensiones del tutor alegante, la representación corresponde lógicamente al protutor; pero en el caso de que tratamos, no debe éste intervenir en el pleito, puesto que la ley confía la defensa de los intereses del menor ó incapacitado al mismo consejo, al ordenar en los arts. 241 y 249 que éste litigue, á expensas del menor, y por consiguiente, en representación del mismo.

¿Y qué procedimiento seguirá el consejo de familia en el juicio de excusa? Fácil es advertir que este punto debe ser determinado en un reglamento especial, cuya publicación se impone; mientras llega, la discusión de los principios á que ha de sujetarse aquel juicio, lo mismo que todo otro de que conozca el consejo, corresponde al comentario especial del título dedicado á exponer la organización y funciones de aquel cuerpo, apreciando las indicaciones que en los artículos correspondientes se contienen. Dejemos, pues, esta cuestión para entonces; y allí también habrá de discutirse el procedimiento de las alzadas.

ARTÍCULO 251

El tutor testamentario que se excuse de la tutela, perderá lo que voluntariamente le hubiese dejado el que le nombró.

Descansa este artículo en la presunción de que la manda voluntaria se otorga, en este caso, como recompensa ó indemnización de la carga de tutela que se impone; y por tanto, procede que, incumplida la condición, se revoque la merced. ¿Y qué sucederá si el testador dispone terminantemente que no se prive de ella al agraciado, aunque renuncie la tutela? Entonces es indudable que debe prevalecer la voluntad del testador por ser la ley del caso. El Código portugués resuelve como nosotros esta

cuestión en su art. 232, al decir que «el tutor testamentario que se excuse de la tutela ó fuese removido por su mala gerencia, pierde el derecho á lo que le fué dejado en el testamento, *si otra cosa no hubiese dispuesto el testador*»; y la razón es obvia, puesto que entonces no hay falta de confianza ninguna en rechazar la tutela, ni menos se puede decir que la manda se hizo en atención al cargo concedido y que se renuncia.

Otra cuestión plantea también el comentarista del Código de Portugal, y es la siguiente, aplicable al nuestro: Si el tutor se imposibilita absolutamente y con ese fundamento pide su excusa, ¿perderá lo que le fué dejado en testamento? Es singular, advierte (y lo mismo podemos decir nosotros), que la imposibilidad absoluta física de desempeñar el cargo no se incluya entre las causas de incapacidad ni entre las de remoción, y sí tan sólo en las de excusa. Pero en la realidad este motivo ha de imponerse, y seguramente que no se confiará la tutela á aquel en quien concurra, y que se removerá á la persona en quien sobreviniera después de aceptado el cargo. Compréndase aquí la importancia y oportunidad que tiene el art. 276 del Código italiano, que ya se citó. En esta cuestión decide Días Ferreira, que si ocurriere la circunstancia de que tratamos, deberá el tutor dejarse remover, porque si en vez de esto la alegase como excusa, caería bajo los términos del art. 232 portugués y el 251 nuestro.

Terminaremos diciendo que, á nuestro juicio, aunque el artículo lo calla, en igual situación que al tutor debe considerarse al protutor testamentario, porque las razones que en ambos concurren son las mismas, y porque son aplicables al uno y al otro todas las disposiciones de este capítulo VII, como se deduce de su epígrafe.

CAPITULO VIII

Del afianzamiento de la tutela.

ARTÍCULO 252

El tutor, antes de que se le defiera el cargo, prestará fianza para asegurar el buen resultado de su gestión.

La obligación que establece este artículo es una consecuencia natural de la calidad de administrador que el tutor tiene, y en este sentido no hay nada que explicar. Mas pudiera creerse, por los términos en que va redactado el artículo, que esta obligación es de carácter absoluto y no admite excepciones. Nada de eso. El Código se limita aquí á sentar la regla general en punto á fianza, siguiendo el criterio adoptado por la ley de Enjuiciamiento civil, de donde procede toda la materia del presente capítulo, por lo cual no nos detendremos mucho en su comentario. De este modo se resolvieron, y ahora se confirman, las dudas producidas por los diversos textos de la ley 9.ª, tít. 16, Partida 6.ª, y de la 94, tít. 18, Partida 3.ª, acerca de si debían prestar fianza los tutores testamentarios á quienes no se hubiese relevado de la obligación. Pero la misma ley de Enjuiciamiento civil consigna excepciones á la regla general, y lo mismo hace luego nuestro Código en el art. 260, al cual, por tanto, ha de atenerse, para completar y entender el alcance del 252.

En los países que organizan la tutela sobre la base de la intervención de tribunales *ad hoc*, la obligación de prestar fianza el tutor tiene menos importancia. Así, en Alemania, en principio no está obligado el tutor á prestar garantías hipotecarias ni de otra especie; por motivos particulares podrá el Tribunal de

tutelas obligarle á prestar seguridades por los bienes sometidos á su administración (art. 1844 del Código imperial); pero si no quisiera darlas, tiene derecho á renunciar á la tutela (art. 1786, número 6.º) ó pedir que se le sustituya (art. 1889).

ARTÍCULO 253

La fianza deberá ser hipotecaria ó pignoraticia.

Sólo se admitirá la personal cuando fuese imposible constituir alguna de las anteriores. La garantía que presten los fiadores no impedirá la adopción de cualesquiera determinaciones útiles para la conservación de los bienes del menor ó incapacitado.

Representa este artículo, por lo que toca á la fianza, un progreso en el sentido de la amplitud, con relación á las leyes anteriores, excepto la de Partidas. En efecto, el Proyecto de 1851 no admitía más fianza que la hipotecaria (art. 223, en relación con el 1787, el 1790 y otros), y conformó con él estrictamente la ley de Enjuiciamiento civil de 1855. La de 1881 dió un paso más, admitiendo toda clase de fianza, menos la personal (artículo 1866); y el Código actual hace desaparecer esta última excepción, volviendo al derecho alfonsino, si bien con limitaciones que la prudencia aconseja. De este modo se favorece el discernimiento y, por consiguiente, el ejercicio de la tutela por la persona elegida y en quien se suponen condiciones favorables al menor, ó acaso por la única que quiera ó pueda aceptar el cargo; y á la vez queda la puerta abierta para garantizar, hasta el último extremo, la seguridad de los bienes administrados.

Falta indicar en el código las reglas que deben seguirse cuando, habiendo garantías de las dos primeras clases, no basten para cubrir la suma de la fianza. Demasiado se comprende que, mientras tenga el tutor bienes inmuebles ó muebles, no se acudirá á la fianza personal, la cual sólo ha de aplicarse en lo que no alcanzaren la hipotecaria y la pignoraticia; pero no hubiera estado demás decirlo explícitamente como lo dice el Código

mejicano, cuyo artículo 580 dispone que, cuando los bienes que tenga el tutor «no alcancen á cubrir la cantidad que ha de asegurarse, la garantía podrá consistir, *parte* en hipoteca, *parte* en fianza, ó sólo en fianza».

En cuanto á medidas garantizadoras suplementarias, la ley de Enjuiciamiento civil, teniendo menos motivos que el Código, pues que no aceptaba la fianza personal, establecía en su artículo 1867 (el cual debe considerarse modificado), que en el auto de aprobación de la fianza se dispondría, además de la inscripción de los bienes raíces en el registro (núm. 1.°), y el depósito de los valores y efectos, «la práctica de cualquiera otra diligencia que el juez considere conveniente para la eficacia de la fianza y conservación de los bienes del menor ó incapacitado». Habiendo sustituído al juez el consejo de familia, es claro que á éste corresponde la adopción de tales determinaciones.

Como es natural suponer, de los acuerdos del consejo en este particular, como en todos, cabe alzada, á tenor del art. 310; y cumple que la ejercite el protutor, si cree que no bastan las prevenciones tomadas para garantizar como es debido los bienes del tutelado, ó el tutor, conforme al art. 255, si las cree exageradas ó no puede cumplirlas.

ARTÍCULO 254

La fianza deberá asegurar:

1.° El importe de los bienes muebles que entren en poder del tutor.

2.° Las rentas ó productos que durante un año rindieren los bienes del menor ó incapacitado.

3.° Las utilidades que durante un año pueda percibir el menor de cualquiera empresa mercantil ó industrial.

Sin modificar este artículo á su precedente el 1865 de la ley de Enjuiciamiento civil, lo amplía, introduciendo la novedad del número 3.°

Tanto éste, como los demás, tienen perfecta justificación. Debe, ante todo, cubrir la fianza el valor de los bienes muebles, porque éstos entran en poder del tutor y están expuestos, más que otros, á sufrir extravíos, pérdidas ó abusos. Pero adviértase que se impone aquella obligación tan sólo respecto de los que entrasen en poder del tutor, lo cual parece indicar que no á todos los bienes muebles del menor ó incapacitado sucede lo propio. Efectivamente; el art. 266 indica el principio de que el consejo de familia decidirá cuáles de esos bienes habrán de entregarse al tutor y cuáles «serán depositados en un establecimiento destinado á este fin». Con lo cual queda dicho que sin que preceda el inventario no podrá hacerse la debida separación, ni menos tasar los bienes que no se depositen para graduar la fianza por su valor exacto.

El núm. 2.º es más explícito que el artículo citado de la ley de Enjuiciamiento civil; y no porque en el fondo dejen de concordar, sino porque lo que es preciso deducir en la ley de la doctrina sentada, está en el Código manifiestamente dicho. Así, el art. 1865 que se citó, limítase á exigir que la fianza garantice «la renta ó producto de los inmuebles»; pero no determina un criterio para computarla. Había, por tanto, que acudir á otros lugares de la ley, y entre ellos al art. 1876, cuyo núm. 3.º impone á los jueces la obligación de acordar, al principio de cada año «el depósito de los sobrantes de las rentas ó productos de los bienes de los menores ó incapacitados»; de lo cual se deducía lógicamente que el tutor no podía retener en su poder más allá del importe anual de rentas y productos, y, por tanto, que la fianza debía tener este límite. Manteniendo el Código igual criterio, lo declara para que no quepa duda alguna.

En la procedencia de estas rentas ó productos, el artículo rompe la limitación del 1865 de la ley de Enjuiciamiento civil, puesto que en éste se mencionan sólo los procedentes de bienes *inmuebles*. Bien es verdad que esta palabra desaparece en el artículo 1876, que nada más dice «bienes», sin designación alguna concreta; pero la determinación antes citada, como hecha

en el artículo especialmente dedicado al asunto de la fianza, podía introducir serias dudas. En la redacción actual se incluye claramente toda clase de rentas y productos, y se favorece, por tanto, de un modo decidido al tutor.

Comprédese, por otra parte, que la garantía difiere, al fin y al cabo, según la clase de bienes. En los inmuebles basta la de las rentas y productos, porque los bienes mismos se inscriben en el Registro de la propiedad á nombre del menor, según dispone la legislación hipotecaria; mientras que en los muebles hay que garantizar su valor (si no se hubiesen depositado) y en su caso la renta ó producto anual que rindan.

El núm. 3.º es una innovación con respecto á la ley de Enjuiciamiento civil; pero estaba dentro del espíritu del Proyecto de 1851, que permitía la continuación de las empresas mercantiles é industriales que recayesen en el menor: cosa que también consiente el Código actual, aunque previa autorización del consejo de familia (núm. 4.º del art. 269). Y si ha de haber estas empresas y su administración ha de estar confiada al tutor, razonable es afianzar sus productos. La manera de calcular éstos no hay para qué decirla: será la que ordinariamente se sigue en el comercio. El Código mejicano indica, sin embargo (artículo 581, núm. 4.º), que se calcularán «por los libros (de comercio) si están en debida forma, ó á juicio de peritos».

El presente artículo está reproducido textualmente, con referencia á la fianza hipotecaria en el 212 de la nueva ley Hipotecaria.

ARTÍCULO 255

Contra los acuerdos del consejo de familia señalando la cuantía, ó haciendo la calificación de la fianza, podrá el tutor recurrir á los Tribunales; pero no entrará en posesión de su cargo sin haber prestado la que se le exija.

ARTÍCULO 256

Mientras se constituye la fianza, el protutor ejercerá los actos administrativos que el consejo de familia crea indispensables para la conservación de los bienes y percepción de sus productos.

Concuerda el primero de estos artículos con toda la legislación anterior, y la continúa, salvo las modificaciones que produce el haber sustituído la autoridad del consejo de familia á la del juez. Así, el art. 1865 de la ley de Enjuiciamiento civil consignaba como deber de este funcionario la estimación de la fianza necesaria, y su aprobación, una vez presentada, con audiencia del Ministerio fiscal (art. 1867), mientras que ahora es el consejo quien señalará la cantidad de la fianza y su calidad, á tenor del art. 253.

El acuerdo del juez no tenía recurso; pero el del consejo, como todos los suyos, lo tiene, según la regla general del artículo 210, del cual es una simple consecuencia el presente. Pero como ante todo hay que salvar los intereses del menor ó incapacitado, este recurso deja en suspenso la entrada del tutor elegido en su cargo, á menos que se conforme, mientras se sustancia la alzada, á prestar provisionalmente la fianza que el consejo crea bastante, sin perjuicio de disminuirla, aumentarla ó cambiarla, según sea la resolución judicial. De todos modos, la regla es que el tutor no entre á administrar ni un solo céntimo de los bienes del menor sin haber prestado la fianza que se le exija.

Mientras esto no ocurra, el consejo de familia, para que no quede desamparado el menor ó incapacitado, y cumpliendo lo que ordena el art. 301, y el segundo de este comentario, encargará al protutor aquellos actos administrativos que crea indispensables para la conservación de los bienes y percepción de sus productos; y lo mismo habrá de entenderse respecto de los

demás cuidados de la tutela con relación á la persona del menor ó incapacitado.

Véanse los artículos 209 y 213 de la nueva ley Hipotecaria.

ARTÍCULO 257

La fianza hipotecaria será inscrita en el Registro de la propiedad. La pignoraticia se constituirá depositando los efectos ó valores en los establecimientos públicos destinados á este fin.

No hace este artículo más que transcribir y confirmar preceptos de la ley Hipotecaria vigente y de la de Enjuiciamiento civil. La primera establece en el núm. 4.º de su art. 168 hipoteca legal á favor de los menores ó incapacitados sobre los bienes inmuebles de sus tutores, por los que éstos hubiesen recibido de aquéllos y por la responsabilidad en que incurriesen con motivo del desempeño de su cargo, á no ser que presten, en lugar de la fianza hipotecaria, la pignoraticia. Y como esta hipoteca necesita, para ser eficaz en cuanto á tercero, haberse inscrito en el correspondiente Registro de la propiedad, el artículo 208 de la misma ley atiende á esta condición esencialísima, diciendo, en igual forma que la primera parte de este artículo del Código, que la fianza hipotecaria será inscrita en el Registro de la propiedad.

En cuanto á los efectos ó valores que formen la fianza pignoraticia, se depositarán, como ya prevenía la ley de Enjuiciamiento civil, en la Caja de Depósitos, que es el establecimiento público destinado á este objeto.

ARTÍCULO 258

Deberán pedir la inscripción ó el depósito:

1.º El tutor.

2.º El protutor.

3.º Cualquiera de los vocales del consejo de familia.

Los que omitieren esta diligencia serán responsables de los daños y perjuicios.

La ley Hipotecaria de 1869 se limitaba á decir en su art. 214 que los tutures (ó curadores) obligados á dar fianza, debían constituir hipoteca especial; pero no indicaba las personas que habían de pedir el cumplimiento de esta condición, aunque es cierto que tocante al tutor mismo era ocioso recordar la exigencia, y las demás personas que menciona el presente artículo no existían cuando se publicó la citada ley. Tan sólo podía encontrarse en ella un precedente de análoga disposición, á saber: el artículo 212, referente á la hipoteca que está obligada á constituir la madre tutora ó curadora de su hijo menor, si pasase á segundas nupcias antes de la aprobación de cuentas. Esta hipoteca debía ser pedida, y juzgada respecto de su suficiencia, por las siguientes personas: 1.°, el tutor ó curador del hijo; 2.°, el curador para pleitos, si lo hubiere; 3.°, cualquiera de los parientes por la línea paterna; 4.°, en su defecto, los de la línea materna. Semejante disposición, que no se aplicaba á nuestro caso, fué derogada por la ley de Matrimonio civil.

El orden de personas que establece el Código, en concordancia ya con el art. 210 de la ley Hipotecaria nueva, es muy razonable. Claro es que corresponde, en primer término, cumplir la obligación impuesta en el art. 257 al tutor, que es quien ofrece la fianza; en segundo lugar, al protutor, por su carácter de inspector y fiscal en la tutela, según ya notamos en el capítulo correspondiente, y, por fin, á los vocales del consejo, por la misión que su cargo les impone.

En cuanto al párrafo último (reproducido por el art. 211 de la ley Hipotecaria), penetrando bien el espíritu del artículo, se ve que el efecto de la sanción que en él se establece es el pago de los daños y perjuicios en su caso, y por esto es fácil entender que si cualquiera de los nombrados pide la inscripción ó depósito y éste se verifica, cesa ya la responsabilidad para todos. No sería lo mismo si, á pesar de la petición, no se verificara,

porque entonces el deber de los demás es apoyar y hacer eficaz la obligación del art. 258, y de no hacerlo, sobre ellos, y no sobre el que pidió, conforme á la disposición que comentamos, caerá la responsabilidad.

ARTÍCULO 259

La fianza podrá aumentarse ó disminuirse durante el ejercicio de la tutela según las vicisitudes que experimenten el caudal del menor ó incapacitado y los valores en que aquélla esté constituída.

No se podrá cancelar totalmente la fianza hasta que, aprobadas las cuentas de la tutela, el tutor haya extinguido todas las responsabilidades de su gestión.

Sólo dos cosas hay que advertir respecto de este artículo, trasunto del art. 1869 de la vigente ley de Enjuiciamiento civil y del 214 y 215 de la Hipotecaria. Estas dos advertencias son:

1.ª Que la ampliación ó disminución de la fianza será apreciada y acordada por el consejo de familia, correspondiendo muy especialmente al protutor advertir de la necesidad de estas variaciones.

2.ª Que los dos hechos apreciables para este efecto son el cambio de valor en los bienes del tutelado ó el propio cambio en los que forman la tutela, si ésta se hallase constituída en *valores*. La ley de Enjuiciamiento civil no concreta tanto, limitándose á decir (art. 1869): «Si la fianza llegare á ser insuficiente», etc.

En cuanto al párrafo segundo, es una consecuencia lógica del objeto de la fianza misma. Si ésta se constituye para el efecto de las responsabilidades en que el tutor pudiere incurrir, hasta tanto que ellas no se extingan, mediante la aprobación de las cuentas, no cabe alzar la garantía.

ARTÍCULO 260

Están exentos de la obligación de afianzar la tutela:

1.° El padre, la madre y los abuelos, en los casos en que son llamados á la tutela de sus descendientes.

2.° El tutor testamentario relevado por el padre ó por la madre, en su caso, de esta obligación. Esta excepción cesará cuando con posterioridad á su nombramiento sobrevengan causas ignoradas por el testador, que hagan indispensable la fianza á juicio del consejo de familia.

3.° El tutor nombrado con relevación de fianza por extraños que hubiesen instituído heredero al menor ó incapaz ó dejándole manda de importancia. En este caso la exención quedará limitada á los bienes ó rentas en que consista la herencia ó el legado.

Ya dijimos al comentar el art. 252, que la regla general allí sentada tenía sus excepciones. A ellas hizo referencia la ley de Enjuiciamiento civil en varios de sus artículos. El Código las reune aquí todas, y señala el límite y particularidades de cada una.

La primera no puede tener lugar más que en la tutela legítima. La segunda es una muestra de respeto á la voluntad del padre ó de la madre, en los cuales se supone una gran confianza respecto del tutor nombrado, por lo que toca á sus cualidades personales, y una prudente apreciación también de su estado económico. Pero como estas condiciones pueden variar por causas posteriores al nombramiento é ignoradas del testador, que no pudo por tanto revocar la exención concedida, es justo, en beneficio de los intereses del menor, que sea posible en aquel caso exigir fianza. La apreciación de esta circunstancia queda á cargo del consejo de familia, y el acuerdo de éste podrá ser recurrido. Lo mismo dispuso el art. 1835 de la ley de Enjuiciamiento civil, excepto el recurso; y el 1834 concuerda con el caso 3.° del que comentamos.

Está reproducido textualmente el presente artículo en el 216 de la ley Hipotecaria.

CAPITULO IX

Del ejercicio de la tutela.

Habiéndose ocupado hasta ahora el Código de los actos preparatorios de la tutela y de su constitución, lógico es que proceda á tratar en seguida de su funcionamiento ó desempeño. Tal es la materia que comprende el presente capítulo. Mas por fuerza ha de haber en él, dentro de esta unidad de asunto una cierta heterogeneidad motivada, de un lado, por la diversidad de sujetos que hoy día constituyen el organismo de la tutela, á diferencia del derecho anterior; y de otro, por la serie de momentos distintos que la propia función comprende, y el carácter, ora sustantivo, ora adjetivo, que los preceptos naturalmente tienen, según las circunstancias que los motivan.

De éste que puede parecer defecto—y que en rigor es inevitable, á menos que el Código obedeciese á un plan doctrinal en todo su conjunto—, participan también otras legislaciones modernas, como el Código francés, el italiano y el de Méjico. Pero, sean ó no inevitables esos defectos de forma, no importan para nuestro comentario, que se dirige al fondo, ó sea, á la doctrina; y así, deben tenerse por apuntados como meras indicaciones críticas que sirven para caracterizar más el cuerpo legal que estudiamos.

El presente capítulo no contiene sólo disposiciones referentes al tutor, sino también al protutor y al consejo de familia, porque todos concurren, de una manera ligada, estrechísima, al ejercicio de la misma función. Por eso puede considerarse, especialmente, que el tít. X es una continuación ó complemento de este capítulo, ya que en aquel se habla igualmente de los actos con

que el consejo contribuye al buen desempeño de la tutela. Téngase en cuenta esta advertencia para buscar allí la ampliación ó desarrollo de algunas doctrinas que aquí se expongan, y en todo caso, del mismo pensamiento de los redactores del Código.

ARTÍCULO 261

El consejo de familia pondrá en posesión á los tutores y á los protutores.

Ya hemos visto como el consejo sustituyendo á la autoridad judicial que intervenía, según el derecho anterior, en todo lo referente á la tutela, reconoce el nombramiento de tutor y protutor, ó los nombra directamente, en su caso, y exige del primero las garantías ó diligencias preliminares necesarias para el ejercicio de su cargo. Todavía falta, para que este ejercicio pueda comenzar normalmente, una última formalidad: la toma de posesión; y natural es que también competa al consejo autorizarla ó disponerla.

El nombramiento por sí solo no autoriza al tutor ni al protutor para ejercer las funciones propias de su cargo: es preciso que además se les ponga en posesión por el consejo de familia. Para darla al protutor, basta el nombramiento y su aceptación, puesto que la ley no exige ningún otro requisito previo. No así respecto del tutor: ha de preceder la prestación de la fianza y la inscripción del nombramiento en el Registro de tutelas; requisitos ambos, según los artículos 252 y 205 (aparte del que se refiere al nombramiento de protutor, según el art. 234), ineludibles é imprescindibles para que el tutor entre en el desempeño de su cargo.

El Código alemán, que no impone al tutor, como ya vimos, obligación de prestar fianza, le exige, en cambio, á modo de garantía moral al constituir la tutela, que se obligue ante el Tribunal de tutelas á desempeñar fielmente y á conciencia la misión que se le confía, dando la mano á título de juramento.

Nuestra ley de Enjuiciamiento civil establece otro requisito, además de los indicados, que ha de preceder también al acto de la posesión, cual es, el señalamiento de alimentos para el menor ó incapacitado, en la forma que lo ordena en sus arts. 1861 al 1864. El Código deja este punto al criterio y resolución del consejo de familia en el caso de no haberlo dispuesto el testador (artículo 264, núm. 1.°, y 268), sin fijarle término ni período para realizarlo, y por consiguiente podrá hacerlo tanto antes como después de poner en posesión al tutor, y lo hará luego que lo exijan las circunstancias del caso.

Otro requisito, exigido por dicha ley para dar posesión al tutor, es el discernimiento del cargo. «*Hecho el discernimiento*—dice en su art. 1870—, se hará entrega del caudal del menor ó incapacitado al tutor ó curador por inventario», y de los títulos y documentos que se refieran á los bienes, añadiendo en el 1872, que «si el tutor lo pidiese, se requerirá á los inquilinos, colonos, arrendatarios y demás personas á quienes corresponda para que le reconozcan como tal tutor». Estas diligencias constituyen el acto de la posesión, y son las que habrán de practicarse para dar cumplimiento al artículo que comentamos. Pero ¿será hoy necesario que preceda á ellas el discernimiento del cargo, como previene la ley procesal? Y caso afirmativo, ¿á quién corresponde otorgarlo?

Es de esperar que sean resueltos estos dos puntos de verdadera duda en la reforma que es indispensable en el título de la ley de Enjuiciamiento civil que trata del nombramiento de tutores, para ponerla en armonía con el Código. Mientras tanto, indicaremos nuestra opinión sujetándonos á lo que éste dispone y á lo que, por no haber sido modificado por el mismo, debe considerarse vigente de lo ordenado por aquélla.

Según se deduce del art. 1868 de dicha ley, se da el nombre de *discernimiento* al acto por el cual el juez confiere al tutor las facultades necesarias para representar al menor ó incapacitado con arreglo á las leyes, y para cuidar de su persona y bienes. Este acto equivale al poder que se da á todo mandatario, y se

consigna en un acta ó diligencia, de la que se da testimonio al tutor para acreditar su representación. Así se ha practicado siempre, tanto antes como después de la ley de Enjuiciamiento civil.

No vemos inconveniente en que se suprima esa diligencia, puesto que en el mismo Código, ó en la sentencia declarando la incapacidad de los sordomudos y de los pródigos se consignan las facultades del tutor; pero lejos de ser suprimida en el Código, se reconoce su existencia como puede verse en el art. 209, en el cual se determina á cuál de los tutores *se discernirá el cargo*, cuando por diferentes personas sea nombrado tutor para un mismo menor. Luego no ha sido modificada sobre este punto la ley de Enjuiciamiento civil, en consideración sin duda á la conveniencia de que consten las facultades del tutor en el mismo documento que ha de servirle para acreditar su representación, y por consiguiente opinamos que, mientras otra cosa no se ordene, sigue siendo necesario el acto del discernimiento, conforme á dicha ley.

¿A quién corresponde otorgarlo? Hay quien opina que al consejo de familia, en razón á que ha sustituído al juez en lo que se refiere á las funciones de la tutela; pero téngase presente que el consejo no está investido de autoridad pública, ni tiene otras facultades que las determinadas taxativamente en el mismo Código, y entre ellas no se encuentra la de discernir el cargo á los tutores. Por consiguiente, tampoco ha sido modificada en este punto la ley de Enjuiciamiento civil, y conforme á ella corresponde otorgar el discernimiento al juez de primera instancia. Así lo reconoce también el art. 245 del Código al declarar que los extraños no están obligados á aceptar la tutela, si existen parientes dentro del sexto grado *en el territorio del tribunal que la defiere*, lo cual sólo puede referirse al acto del discernimiento, puesto que la elección ó nombramiento no corresponde, según el mismo Código, á la autoridad judicial.

Por las razones expuestas, nuestra opinión es que ahora, lo mismo que antes, y mientras no se disponga otra cosa, á la po-

sesión del tutor ha de preceder el discernimiento del cargo, aparte de los demás requisitos antes indicados. El procedimiento es sencillo y expedito.

El tutor, ya sea testamentario, ya elegido por el consejo de familia, deberá acudir ante éste para reclamar el nombramiento del protutor y prestar la fianza, en su caso. Con certificación de su nombramiento y de haber llenado estos requisitos acudirá al juez de primera instancia solicitando que le discierna el cargo y acuerde que se inscriba en el registro de tutelas. Y con testimonio del discernimiento, que le servirá de título para ejercer sus funciones, y en el que se hará constar haberse verificado la inscripción, pedirá al consejo de familia que le ponga en posesión del cargo. Si el consejo le diese la posesión sin haber llenado todos ó alguno de los requisitos indicados, será responsable de los daños y perjuicios que puedan causarse al menor. La posesión se dará conforme á lo prevenido en los arts. 1870 y 1872 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Después de la primera edición de esta obra, la jurisprudencia ha aclarado ó resuelto la dudosa cuestión relativa al discernimiento, de que nos hemos ocupado en este comentario. La Dirección de los Registros, en Resolución de 31 de Octubre de 1892, de la que nos hemos ocupado en los arts. 206 al 208, fundándose en la general doctrina sostenida después en multitud de resoluciones, de que el consejo de familia ha sustituído á la autoridad judicial, después de la vigencia del Código, en todas las atribuciones que le correspondían con relación á la tutela, declara que la diligencia de discernimiento, con el sentido y alcance que tenía en la legislación anterior debe considerarse abolida, debiendo entenderse la frase «se discernirá el cargo», como sinónima de poner el consejo de familia en posesión de su cargo al tutor.

Ahora bien: si al publicarse el Código estaba pendiente la constitución de la tutela, es aplicable la legislación anterior relativa al discernimiento y posesión, si bien el ejercicio de la tutela ha de amoldarse después á los preceptos del Código. (Sentencia de 12 de Diciembre de 1893.)

En la de 2 de Marzo de 1904, y con motivo de dudarse de la personalidad de un tutor para promover el juicio, se afirma incidentalmente que el discernimiento del cargo de tutor, y su inscripción en el Registro de tutelas, equivalen á la posesión por el consejo de familia, que requiere el art. 261 del Código.

ARTÍCULO 262

El tutor representa al menor ó incapacitado en todos los actos civiles, salvo aquellos que por disposición expresa de la ley pueden ejecutar por sí solos.

I

Alcance de la representación.

Es el presente artículo una consecuencia de otros anteriores del Código. El 199, en efecto, define la tutela diciendo que es «la guarda de la persona... de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos», y el párrafo segundo del 32 advierte que «la menor edad, la demencia ó imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil no son más que restricciones de la personalidad jurídica», con lo cual da á entender que los sujetos colocados en alguna de estas condiciones no pueden, por lo general, ejercer por sí mismos los actos constitutivos de la vida civil; pero, esto no obstante, conservan su personalidad y son susceptibles de derechos y de obligaciones en cierto orden, pudiendo darse casos en que aquella restricción cese en todo ó en parte. Tales son los principios en que se fundan las dos proposiciones del artículo que examinamos. Estudiémoslas ahora separada y particularmente.

Los actos civiles son de carácter sustantivo ó procesal: á unos y á otros comprende la representación del tutor, que es la regla común; y así lo previno la ley de Partidas al decir que correspondía al tutor el cuidado y defensa de las personas sujetas á su guarda *en juicio y fuera de él* (leyes 2.ª, tít. 7.º, y 11, títu-

lo 2.º de la Partida 3.ª; 17, tít. 16 de la 6.ª, y otras). En el derecho vigente, el Código hace constar, en diferentes sitios, los actos que están prohibidos á los que tienen restringida su personalidad civil; y, por su parte, la ley de Enjuiciamiento, en el párrafo segundo del art. 2.º, establece que «por los que no se hallen en este caso (el pleno ejercicio de sus derechos) comparecerán sus representantes legítimos, ó los que deban suplir su capacidad con arreglo á derecho», en cuyo caso están los tutores.

¿Pero qué quiere decir la expresión «representar al menor ó incapacitado»? Considerada en su esencia es la representación, «aquella relación en que una persona que posee plena capacidad jurídica y facultad de obrar, se subroga en lugar de otra, *manteniendo y actuando*, en su nombre, todas aquellas relaciones que no tienen carácter personalísimo». La causa de esta relación es siempre «un desequilibrio entre la capacidad general de derecho y la actividad efectiva actual para realizarlo», ya nazca de la naturaleza misma de la persona, ó de la insuficiencia en el grado de desarrollo ó de una verdadera perturbación y anomalía, siendo estos dos últimos casos los aplicables á la tutela. La representación, pues, del tutor en «todos los actos civiles del menor ó incapacitado» quiere decir que se sustituye á éstos, cubriendo con su capacidad la incapacidad más ó menos accidental de que adolecen, y ejecutando con ese carácter de sustituto los actos que se refieren á la vida civil de aquéllos.

Bastaría esta explicación si no se hubiera suscitado alguna diferencia entre los críticos del Código al apreciar esta parte del artículo que comentamos. En opinión de un ilustrado comentarista, la función que el Código atribuye á los tutores es distinta de la que les reconocía el antiguo derecho. La doctrina que de éste podía deducirse, según los tratadistas, era la que resume uno de ellos en estos términos: «La intervención de los guardadores es indispensable en todo lo que puede perjudicar á los que estén confiados á su protección. Con arreglo á las circunstancias, el grado de esta mediación es diferente; en la infancia

del pupilo, ó en la incapacidad de la persona sujeta á curaduría, el guardador *administra*; pasada la infancia, el tutor *interpone su autoridad*: llegada la pubertad, el tutor *presta su consentimiento*(1). Esta *autoridad* y *consentimiento* pueden, respectivamente, definirse el acto por el que el tutor ó curador aprueban lo hecho por el pupilo ó menor, que puede perjudicarles. De consiguiente, puede el menor contratar sin obligarse y obligando á los demás. La intervención ha de ser en la misma celebración del contrato: no debe precederle por falta de objeto, ni seguirle, porque entonces se reputarían como dos distintos actos los que por su índole son uno solo.»

El rasgo característico, en efecto, de la situación del menor sujeto á guarda era, en el antiguo derecho, su intervención en los actos civiles, intervención que el guardador no hacía más que autorizar ó aprobar (2) y que llevaba al extremo de que, aun no mediando esta aprobación, el menor obligaba á los terceros contratantes en aquello que le fuese beneficioso (ley 4.ª, título 11, Partida 5.ª) Esta situación del menor ha cambiado absolutamente, excepto, en parte, para los emancipados (véase el artículo 317). «Ya no es necesaria la intervención del menor—dice otro escritor—, intervención que era necesaria en Roma por el organismo especial en que estaba fundado aquel derecho y al que siguieron nuestras Partidas, y se ha respetado hasta nuestros días» (3); el tutor es quien «directamente y en virtud de la *representación* que le confiere la ley, contrata directamente y sin la concurrencia del menor ó incapacitado», realizando así más fielmente el pleno concepto de representación.

Tal fué ya el sentido del art. 218 en el Proyecto de 1851, respecto del cual decía García Goyena, comentando la palabra *representará*, y después de citar el artículo equivalente del Código de Luisiana, según el cual (art. 344) el tutor gestiona y administra sólo, y todos los actos se hacen por él y en su nombre,

(1) Es la doctrina de la ley 17, tít. 16, Partida 6.ª
(2) Véase, por ejemplo, la ley 17, tít. 16, de la Partida 6.ª
(3) Ramos Bascuñana, *Capacidad de los menores para contratar y obligarse*

sin el concurso del menor: «Igual es el espíritu de nuestro artículo, y con esto se destierra el tít. 21 de las Instituciones romanas, bastante inútil sobre engorroso, aun en aquel derecho, con los correspondientes del Código y Digesto». Y por eso también el Código vigente establece, como regla general, en el artículo 1263 que los menores no emancipados *no pueden prestar consentimiento.* Por el contrario, cuando la ley hace una excepción del principio sentado en la primera parte del artículo que nos ocupa, entonces el menor obra y consiente por sí solo, como en el matrimonio ó el testamento.

Pero bueno será advertir, para que no se vea erróneamente la relación entre el derecho antiguo y el del Código, que en aquél se reconocía alguna vez, no ya con respecto al pupilo, sino respecto del menor que ha pasado de la infancia, la verdadera función *representativa* del guardador. Así, la ley 2.ª, tít. 7.º de la Partida 4.ª manda que no se emplace á los menores é incapacitados, sino á «aquellos que tovieren á ellos et á sus bienes en guarda»; principio que luego desaparece en la ley 17, tít. 16 de la Partida 6.ª para conceder «al mozo mayor de siete años mover el pleito con otorgamiento de su guardador, ó el guardador en nome del huérfano, *seyendo amos* delante». En cuanto á la ley de Enjuiciamiento civil, usa también en el art. 1868, que trata del discernimiento de la tutela, el verbo *representar*, aceptando la doctrina del derecho moderno.

La importante innovación traída por el Código á esta materia de la capacidad de los menores, que obedece al deseo de simplificar las reglas del derecho y quizá también á la influencia del Código francés, cuyos arts. 388 y 488 consagran la incapacidad de los menores para realizar por sí ó intervenir en los actos de la vida civil, no deja de ofrecer serios motivos de censura. Es más conforme con la realidad de la vida la intervención ó iniciación del menor en sus asuntos y en la gestión de sus bienes, á medida que va entrando en la adolescencia, que no su abstención completa. Así lo reconocen las legislaciones germánicas. El Código alemán mantiene la distinción, tradicional en

aquel derecho, entre el infante (*unmündige*) y el menor de edad (*minderjoehrige*). Los infantes, que son los que no han cumplido siete años, carecen de toda capacidad, no pueden intervenir en los actos ni hacer declaración alguna de voluntad (arts. 104 y 105). Los menores, mayores de siete años, pueden intervenir en los actos, pero necesitan para su validez el consentimiento del representante legal ó su aprobación posterior (arts. 107 y 108). Puede el menor realizar por sí solo los actos que le proporcionen exclusivamente una ventaja jurídica (art. 107). Y, finalmente, el menor autorizado para ejercer una profesión lucrativa es capaz, sin limitación alguna, para el ejercicio de todos los actos jurídicos que sean una consecuencia de esa profesión. Bastante análoga es la doctrina del Código federal suizo; según su art. 410 «el pupilo capaz de discernimiento puede contraer una obligación ó renunciar á un derecho, siempre que el tutor consienta expresa ó tácitamente al acto ó lo ratifique», y el 19 establece que no necesitan los menores el consentimiento de su representante legal para adquirir á título puramente gratuito, ni para ejercer actos estrictamente personales (como el de testar, el divorcio, el reconocimiento de hijos naturales, etc.).

Con vista de los arts. 205, 236, 252, 256, 269, 262 y 309, declara el Tribunal Supremo en sentencia de 1.º de Julio de 1906 que el llamado á prestar consentimiento en nombre del menor es su tutor, y si no ha prestado fianza, el consentimiento es nulo por no poder ejercer el cargo, sin que subsane tal defecto la aprobación posterior del acto por el consejo de familia.

Teniendo en cuenta el artículo que comentamos, la sentencia de 7 de Abril de 1903 declara que el testamento ológrafo otorgado por una persona no puede ser impugnado hasta después de su muerte, ni aun por el mismo que lo otorgó. Si éste se incapacita, no puede, por lo tanto, su tutor impugnar el testamento, porque la representación del incapaz, que desde luego le corresponde, no le autoriza para hacer aquello que está prohibido á su representado en el caso de ser capaz.

II

Actos que los sujetos á tutela pueden ejecutar por sí solos.

El segundo inciso del artículo que comentamos alude á ciertos actos que como excepción expresa de la ley pueden el menor y el incapacitado ejecutar por sí solos, es decir, con propia personalidad. Ya hemos dicho que esto es una consecuencia del artículo 32, y en la declaración que allí se hace respecto de la incapacidad relativa de los menores é incapacitados, hay que buscar la razón fundamental de estas excepciones. Por otra parte, también es de notar en la definición de «representación» que ésta no puede comprender las relaciones de carácter personalísimo, lo cual obliga á veces á reconocer cierta independencia en la actividad del menor ó incapacitado, si esta actividad es normal y puede desarrollarse en hechos de los que se refieren á la vida civil. Todavía cabe observar también que, siendo en realidad tan diferentes, como son, los distintos casos de tutela—puesto que, v. gr., en el sordomudo y el pródigo su alcance puede variar mucho—, de igual manera la representación del tutor ha de tener extensión diferente según los casos. Ahora bien: ¿cuáles son esos actos civiles que pueden ejecutar por sí solos el menor y el incapacitado? Procedamos á su enumeración y estudio, recogiendo disposiciones dispersas del Código y de otras leyes vigentes.

Respecto del menor.—Trataremos en primer lugar de los actos que se refieren á los menores *no emancipados*, que son los que están sujetos en toda su plenitud á la tutela. Pueden éstos por sí solos celebrar su matrimonio, que, además, es causa de emancipación, y, en parte también, otorgar las capitulaciones matrimoniales (art. 1318). Como consecuencia de esto, el marido que fuese mayor de diez y ocho años administrará libremente los bienes de la sociedad conyugal (art. 59) (1), salvo en lo que toca á

(1) No rige esto para los que se hubiesen casado sin consentimiento de las personas llamadas á darlo (arts. 45 y 50).

tomar dinero á préstamo, gravar y enajenar los bienes *raíces* y á comparecer en juicio, para todo lo cual necesita *consentimiento* del tutor (artículo citado), como todos los emancipados (artículo 317). Exceptúase de esta limitación la hipoteca de garantía de la dote, que podrá constituir por sí mismo el marido menor de edad, según decidió la Dirección de los Registros en Resolución de 3 de Mayo de 1878, cuyos considerandos, muy interesantes y dignos de ser meditados, son, á nuestro parecer, aplicables al Código vigente en sus relaciones con la ley Hipotecaria, considerando la mencionada resolución como aclaratoria de esta ley. (Véanse los arts. 1349 á 1353). También se exceptúan las donaciones por razón de matrimonio, para las cuales no necesitan intervención del tutor, aunque sí autorización de las personas que han de dar el consentimiento para aquél (art 1329).

Los mayores de catorce años pueden otorgar testamento (artículos 662 y 663), y asistir y ser oídos en las reuniones del consejo de familia (art. 308); los que han cumplido diez y seis, ser testigos en testamento ajeno, en caso de epidemia (art. 701); y los mayores de diez y ocho, según la ley de 27 de Febrero de 1908 que crea el Instituto de previsión, contratar por sí una renta vitalicia sin necesidad de autorización.

Les está igualmente reconocida á los menores la facultad (como á los incapacitados) de «adquirir la posesión de las cosas», aunque para usar de los derechos que de la posesión nazcan á su favor «necesitan la asistencia de sus representantes legítimos» (art. 443). Consiguientemente, pueden adquirir por ocupación lo mismo en el caso de hallazgo (art. 615) que en los de caza y pesca, porque, como juiciosamente observa un comentarista, este segundo derecho es una consecuencia natural de la posibilidad de obtener licencia de *caza* los mayores de veinte años, *sin necesidad de asistencia* del padre ó tutor, y de *pesca* todos los españoles sin distinción (arts. 6.º y 7.º del Real decreto de 10 de Agosto de 1876, ley de Caza de 16 de Mayo de 1902 y reglamento de 3 de Julio de 1903) (1).

(1) En estos últimos años se va manifestando saludable tendencia á con-

En cuanto á los emancipados y habilitados de edad, les está permitido además ser mandatarios (art. 1716); declarar que quieren someterse á la legislación de derecho común, en el caso del art. 15, núm. 1.°; solicitar el goce de la nacionalidad española, según los términos del art. 19, y, en general, realizar todos los actos legales como si fueran mayores de edad, salvo en lo que exceptúa el art. 317.

La ley de 17 de Julio de 1911 sobre contratos de aprendizaje, determina que el mayor de diez y ocho y menor de veintitrés, que no estuviera legalmente emancipado, podrá contratar por sí, si para ello obtuvo la autorización de su padre, madre ó tutor; si estuviera emancipado no necesitará autorización alguna.

Hasta aquí hemos hablado de los actos llamados estrictamente civiles ó de derecho civil. En punto á los de comercio, el artículo 4.° del Código vigente autoriza para el «ejercicio habitual del comercio» á los que hayan cumplido veintiún años y tienen la libre disposición de sus bienes: lo cual ocurre, en rigor, al emancipado por casamiento ó por voluntad de los padres, y al habilitado de edad, puesto que todos éstos pueden regir su persona y bienes *como si fuesen mayores*, salvo en los casos concretos que mencionan el art. 59 y el 317, en los cuales también obra el menor por sí, no haciendo el tutor más que consentir que los ejecute, pero no ejecutarlos por él. Con mayor razón puede esto decirse con respecto al hijo no emancipado que, con consentimiento de los padres, vive separado de ellos, porque éste tiene la libre disposición de sus bienes, considerándose como emancipado (art. 160); condición que no puede perder si,

---

ceder capacidad para ciertos actos á los menores de edad: recuérdense, por ejemplo, la citada ley de 27 de Febrero de 1908, la de 14 de Junio de 1909, que permite extender á nombre de menores de edad, como si estuvieran emancipados, las libretas de ahorro postal, y el Real decreto de 1911, que da validez á los pactos contraídos por los niños en la mutualidad escolar. Sobre estos casos, y otros en que es quebrantada de hecho, en la vida ordinaria, la ficción de la incapacidad absoluta de los menores, véase el artículo de D. Francisco Lastres en la *Revista de los Tribunales* de 8 de Marzo de 1913.

por morir sus padres antes de su mayor edad, cayese en tutela. Igualmente, según el Código de Comercio (art. 11), puede ejercer esta industria la mujer casada mayor de veintiún años que viva separada de su marido por sentencia firme de divorcio. Y, en fin, los mayores de esa edad pueden también ser agentes de Bolsa, corredores y factores (arts. 94 y 282).

En los actos procesales de carácter civil ya hemos citado el artículo 2.° de la ley de Enjuiciamiento vigente. En el procedimiento criminal, la intervención del menor es libre (arts. 118, 384, 409 y 854 de la ley de Enjuiciamiento criminal).

Respecto del incapacitado.—Los comprendidos bajo este nombre general son susceptibles de diferente medida en el ejercicio de sus actos civiles, según la causa y grado de su incapacidad. Así, los locos y dementes no podrán, por lo común, ejercer por sí mismos ningún acto civil, pues que les están prohibidos el matrimonio (art. 83), el testamento (art. 663), etc.; pero sí podrán efectuarlos en el caso de encontrarse en un momento lúcido bien probado, como para la testamentifacción activa reconoce el art. 665.

No es posible determinar respecto de los sordomudos cuáles actos podrán ejercitar por sí, puesto que el alcance de su tutela varía en cada caso, como lo advierte el art. 218. Habrá, pues, que atender á los términos de la declaración de incapacidad, para ver en ella en cuáles actos intervendrá el tutor: aparte de los que les están vedados siempre por el Código (art. 681 y otros). Positivamente puede decirse que son capaces de intervenir como testigos en las causas de carácter criminal, puesto que no hay prohibición expresa (art. 442 de la ley); de casarse y de otorgar testamento en cierta forma (art. 709 del Código).

La incapacidad del pródigo tiene el mismo carácter que la del sordomudo. Pero siempre queda á salvo su personalidad en lo que se refiere á la autoridad marital y paterna, y, en general, á todos los actos que no alcancen á los bienes.

Por el contrario, es siempre incapaz para comparecer en juicio, pues cualquiera que sea la extensión de los actos que la sen-

tencia le haya prohibido, y aunque éste no lo haya sido expresamente, no goza de la plenitud de derechos que exige para comparecer en juicio el art. 2.º de la ley de Enjuiciamiento civil, (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Julio de 1911.)

El sujeto á la pena de interdicción podrá ejecutar por sí tan sólo los actos que no le estén prohibidos como efecto de dicha pena, y los referentes á los bienes y á su intervención en los juicios, todos los cuales corresponden al tutor.

III

Cuestiones.

La situación del menor en los diferentes casos que pueden ocurrir es lo bastante compleja para suscitar cuestiones y dudas, á veces de gran importancia (1). Tócanos aquí sólo indicar las principales que promueve el segundo inciso del artículo que comentamos, cuando para desenvolver su contenido se intenta determinar todos los actos que el menor ó el incapacitado pueden ejecutar por sí propios. Ya hemos visto que en los mismos casos que la ley decide especialmente no siempre es muy claro el verdadero estado jurídico que resulta. Examinemos ahora aquellos que no están directamente decididos por el Código.

¿Podrá el menor casado, mayor de dieciocho años, permutar sus bienes sin consentimiento del tutor?—El art. 59 del Código prohibe tan sólo al marido, hasta que llegue á la mayor edad, *tomar dinero á préstamo, gravar y enajenar los bienes raíces*, y, por lo tanto, todos aquellos actos que signifiquen enajenación de estos bienes, aunque no tengan ese nombre. La cuestión reside, pues, en apreciar si la permuta es enajenación ó no. Algunos autores opinan esto último, y ciertamente tal era la doctrina del derecho romano, puesto que hacía de la permuta un contrato de distinto género que la compraventa (ley 1.ª, párrafo 2.º, tít. 4.º, libro 19 del Digesto). Pero en nuestro derecho actual es, por lo menos,

(1) Consúltese la ya citada obra del Sr. Ramos Bascuñana.

dudosa aquella solución, puesto que si es verdad que la permuta forma asunto de un título especial en el libro 4.º del Código, los artículos que comprende se limitan á definirla y á estatuir sobre un caso de permuta de cosa ajena y otro de pérdida por evicción, disponiendo el 1541 que «en todo lo que no se halle especialmente determinado en este título, la permuta se regirá por las disposiciones concernientes á la venta»; y sabido es que el art. 1457 prohibe celebrar el contrato de compraventa á las personas que no estuviesen autorizadas por el Código para obligarse, es decir, á los menores en general. La consecuencia de este sencillo razonamiento y comparación de disposiciones, parece ser que se considera la permuta sujeta á igual prohibición que las enajenaciones calificadas.

¿Puede el casado menor de edad y mayor de dieciocho años autorizar por sí solo á su mujer para enajenar, etc., según los términos del artículo 61?—Preceptúa este artículo que sin licencia del marido no podrá la mujer adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse (excepto en los casos y con las limitaciones que la ley establece); pero como, á su vez, según el muy repetido art. 59, no puede el marido hasta su mayor edad tomar dinero á préstamo, etc., sin consentimiento del padre, la madre ó *el tutor*, y esto se dispone, sin duda, por no creerlo con bastante capacidad jurídica para realizar aquellos contratos, se pregunta: ¿subsistirá esta creencia tratándose de los bienes de la mujer? Sería un contrasentido que aquél á quien la ley no concede capacidad jurídica para gravar ó enajenar por sí solo sus bienes propios, pudiera autorizar á su mujer para que enajenase los suyos, que, como los de aquél, han de servir para levantar las cargas de la sociedad conyugal. *En ningún caso*, dice dicho art. 59, y creemos por todo ello procedente y legal la contestación negativa á la pregunta formulada.

¿Puede realizar por sí el menor los contratos relativos á propiedad literaria con los editores?—Aunque el Código no indica nada especialmente sobre este punto, ni tampoco decide de él la ley de Propiedad literaria, bastará recordar la prohibición consignada

en el núm. 1.º del art. 1263 para decidir en contrario, aunque esto, en el caso que nos ocupa, pueda ocasionar perjuicios, ya que no siempre el consejo tendrá criterio técnico bastante para decidir acerca del mérito y fama futura de las obras en cuestión. Pero el artículo mencionado sólo se refiere á los menores no emancipados, y por tanto, los emancipados pueden contratar por sí en el caso que nos ocupa, aunque tengan tutor, como, verbigracia, los casados mayores de diez y ocho años.

¿Podrá el padre ó la madre menor de edad reconocer á un hijo ilegítimo?—Algún comentarista coloca aquí esta cuestión, que nosotros llevamos ya examinada en el comentario del art. 132. Allí, pues, encontrará el lector nuestras opiniones (1).

Es evidente, y así viene á declararse en las sentencias del Tribunal Supremo citadas en este comentario; *primero*, que el derecho del tutor de representar al menor ó incapacitado en todos los actos de la vida civil, no puede alcanzar á la realización de aquellos actos que el representado no podría realizar aun siendo capaz; y *segundo*, que el art. 261 supone desde luego que el tutor reune todas las condiciones legales necesarias para el desempeño de su cargo.

ARTÍCULO 263

Los menores ó incapacitados sujetos á tutela deben respeto y obediencia al tutor. Este podrá corregirlos moderadamente.

Dos disposiciones que se completan comprende este artículo. La primera es una consecuencia natural de la función del tutor, que toma las veces de padre y que necesita en realidad de la obediencia y respeto del que le está sometido legalmente, para realizar con eficacia su representación. Debemos tan sólo advertir la diferencia de términos empleados por nuestro Código y otros extranjeros. El mejicano y el de Guatemala hacen referen-

(1) Tomo 1.º, comentario al art. 132.

cia sólo al menor, y lo mismo ocurría en el art. 219 del Proyecto de 1851, siendo la razón de esto, según algún autor indica, que la palabra «incapaz» comprende también al loco, del cual, naturalmente, es inútil exigir ninguna clase de deberes. Pero desde el momento que la misma palabra se aplica á otros que no tienen la exención fatal del enajenado, nos parece acertado que el Código la use. Basta la razón natural para excluir al loco en la interpretación.

Por lo que toca al alcance de la obediencia, entendemos que, en términos generales, ha de ser análogo al que con respecto á los padres tiene. Puede suscitarse, sin embargo, una cuestión, y de hecho la han suscitado algunos comentaristas: si el menor ó incapacitado queda obligado á vivir con el tutor y á seguirle al extranjero y á Ultramar. Nada decide el Código sobre esto, opinando nosotros que es uno de los casos en que ha de acordar el consejo de familia, según la conveniencia de la persona sujeta á tutela, como muy bien lo previene el Código italiano (artículo 278); y demasiado se comprende, por otra parte, que la cuestión varía mucho según las circunstancias de la persona, y, sobre todo, la causa de su incapacidad. Del traslado de residencia á Ultramar hemos hablado particularmente en el comentario al art. 238.

La segunda disposición del presente necesita completarse con el 155, el 156 y el núm. 1.º del 269 El tutor, en efecto, podrá no sólo corregir moderadamente al menor, sino castigarlo y retenerlo en establecimiento de enseñanza ó sus análogos, y en el *correccional* de que habla el art. 156; pero para esto necesita autorización del consejo de familia. Este será también quien decida, en cada caso concreto, hasta dónde llega la corrección y dónde empieza el castigo. Recuérdese siempre que el menor que ha cumplido catorce años puede presentarse por sí y hacerse oir en las reuniones del consejo de familia, donde le será lícito, entre otras cosas, exponer sus quejas contra las arbitrariedades ó excesos del tutor. Así lo declara expresamente el art. 280 del Código italiano.

Las disposiciones legales dictadas con posterioridad al Código como complemento de lo preceptuado en el art. 156, son aplicables á los menores sujetos á tutela. Véase el comentario de dicho artículo.

ARTÍCULO 264

El tutor está obligado:

1.º A alimentar y educar al menor ó incapacitado con arreglo á su condición y con estricta sujeción á las disposiciones de sus padres, ó á las que, en defecto de éstos, hubiera adoptado el consejo de familia.

2.º A procurar, por cuantos medios proporcione la fortuna del loco, demente ó sordomudo, que éstos adquieran ó recobren su capacidad.

3.º A hacer inventario de los bienes á que se extienda la tutela dentro del término que al efecto le señale el consejo de familia.

4.º A administrar el caudal de los menores ó incapacitados con la diligencia de un buen padre de familia.

5.º A solicitar oportunamente la autorización del consejo de familia para todo lo que no pueda realizar sin ella.

6.º A procurar la intervención del protutor en todos los casos en que la ley la declara necesaria.

Como dice muy bien el propio texto del artículo, limítase éste á enumerar las obligaciones del tutor, aunque no todas, sino las que se refieren al ejercicio de su cargo, puesto que las anteriores á este período han sido ya expuestas en otros artículos, lo cual también ocurre, por exigencias del método que adopta el Código, con alguna de aquéllas: v. gr., la de asistir á las reuniones del consejo de familia (art. 308).

De todos modos, lo que importa señalar es que las *obligaciones* no agotan ni comprenden en sí todos los *actos* que el tutor ha de realizar para el desempeño de su función. El art. 269 habla

de aquellos para los cuales necesita autorización del consejo de familia, pero que debe ejecutar por sí propio, y el 275, en fin, enumera los que le están prohibidos, tocante á los cuales tiene, por tanto, una obligación negativa. Habrá, pues, que reunir las disposiciones de estos tres artículos, para tener completa la doctrina del Código sobre los actos en que se concreta el ejercicio de la tutela, por lo que al tutor se refiere.

En cuanto á sus derechos, algo hemos visto ya en el artículo 239 y en el 263, que luego han de completarse con lo que dicen el 276, el 286 y el 308. Vengamos ahora á las obligaciones que enumera el 264, las cuales pueden clasificarse en tres grupos: tocante á la persona del menor (las dos primeras); tocante á sus bienes (tercera y cuarta); y respecto del procedimiento (quinta y sexta).

1.ª Se refiere á la alimentación y educación del menor ó incapacitado. Son ambos deberes elementales é imprescindibles, los primarios, digámoslo así, en toda tutela. Respecto de ellos conviene notar la forma en que han de cumplirse. Nada más justo que se atienda en primer lugar á las disposiciones que los padres hubiesen dejado: nadie tiene más derecho que ellos para decidir sobre las condiciones de vida y educación de los hijos, con la seguridad de que siempre han de hacerlo mirando al verdadero y racional interés de éstos.

Pero el Código olvida aquí á una tercera persona que puede tener, en su caso, tanta opción como los padres á que se sigan sus indicaciones sobre la alimentación y educación del menor ó incapacitado; nos referimos al extraño que deje herencia ó legado de importancia á uno de aquellos, máxime si utiliza la facultad que le concede el art. 207 y nombra tutor. Podrá suceder alguna vez que las condiciones fijadas por este extraño (sobre todo en lo que se refiere á la educación), sean más ó menos contradictorias con las de los padres, y aún, que así ocurra en el caso del art. 210, que permite la concurrencia de dos tutores. Al consejo de familia tocará entonces decidir el conflicto, ya concordando los deseos del extraño con los de los padres, si es

posible, ya preteriéndolos, ya rechazando la herencia, si aquellos estuviesen consignados como condición precisa de la sucesión. Para esto concede el art. 207 al consejo la facultad de aceptar ó no la herencia ó legado; pero si acepta uno ú otro, deberá tener en cuenta las observaciones del testador. Tan lógico es esto, que el Código, enmendando su silencio del presente artículo, lo indica en el 268 respecto de la pensión alimenticia, al decir que decidirá el consejo «si nada hubiese resuelto el testamento *de la persona por quien se hizo el nombramiento de tutor*», ó sea los comprendidos en los arts. 206 y 207.

Finalmente, entendemos que con estas disposiciones ha desvanecido el Código la cuestión relativa á quién le corresponde dirigir la educación del menor, que algún comentarista vuelve á suscitar, resolviéndola en el sentido de la jurisprudencia francesa, que otorga el poder de decisión en los casos que puedan ocurrir, al consejo de familia (*cour* de Lyon, 5 de Agosto de 1847; *cour* de Colmar, 29 de Agosto de 1822, sentencia de casación de 8 de Agosto de 1815); y también conforme al Código italiano, el cual más explícito, indica el deber que tiene el consejo de acordar la educación que ha de darse al menor, «consultando ó explorando la voluntad de éste cuando haya cumplido diez años» (artículo 278): consideración bien legítima y racional á la libertad del sujeto.

El Código suizo sustituye la intervención del consejo de familia por la del tribunal tutelar: «El tutor—dice el art. 405—provee á la alimentación y educación del pupilo menor, ejercitando á este efecto los derechos de los padres, bajo reserva del concurso de las autoridades de tutela.»

De todos modos, será principio común en los diferentes casos que puedan ocurrir, el que rige en general para los alimentos, y que el Proyecto de 1851 consignó expresamente en su artículo 220 al decir: «el menor debe ser alimentado y *educado* con arreglo á su *clase* y facultades». Lo mismo declaran muchos Códigos extranjeros (portugués, 243; Holanda, 446; Luisiana, 343, etc.).

Merced á la unidad religiosa que todavía reina en la sociedad española, no se plantea entre nuestros comentaristas el problema, que tanto preocupa á los extranjeros, de la educación religiosa del sujeto á tutela. Creemos que ni el tutor, ni siquiera el consejo de familia, tienen autoridad para educar al pupilo en una confesión distinta de la querida ó de la profesada por sus padres, aunque éstos no hubieran hecho disposición expresa sobre este punto. Además, el solo hecho de estar el menor bautizado, le hace poseer una religión, y darle otra distinta sería atentar á sus derechos civiles y á la integridad de su persona moral.

2.ª La obligación que se refiere á procurar por todos los medios la curación del loco, demente y sordomudo, se halla inspirada en un sentido altamente humanitario y elevado. Lo que importa en realidad á esos desgraciados, ante todo, es que desaparezca la incapacidad que sufren fatalmente; pero la latitud que para ello se deja, en cuanto á los gastos, exigirá de parte del protutor y del consejo de familia una vigilancia celosa, porque nada es más fácil para un tutor criminal que ocultar fraudes socolor de un interés de caridad excesivo.

3.ª El inventario es una necesidad imprescindible en toda administración de bienes ajenos; sin él mal podrían cumplirse muchas de las exigencias de la tutela y, sobre todo, el caudal del menor ó incapacitado correría grave riesgo. Apreciando esta importancia dispuso ya el Código en el núm 1.º del art. 236 que el protutor interviniese en su formación; y luego en los artículos 265, 266 y 267 da reglas precisas respecto de la forma en que ha de verificarse. Demasiado se comprende, aunque el Código no lo dice, que se habrá de ampliar ó adicionar el inventario cada vez que aumente por donaciones ó herencias el caudal del menor ó incapacitado, como lo disponía el art. 226 del Proyecto de 1851. Debe entenderse, en fin, que esta obligación no es de las dispensables, como lo era, por una sutileza peligrosa, en el derecho romano. Así lo consignó expresamente el Proyecto de 1851, y aunque el Código actual no declara la prohibición, hay

que suponerla, por lo racional que es, y porque la dispensa tampoco está autorizada en la ley.

4.ª La obligación aquí contenida es muy natural, y como suele decirse, se cae de su peso. Le sirven de complemento el art. 273, el 280 y otros. No necesita explicación.

5.ª Nada tenemos que decir respecto de la obligación que señala con el núm. 5.º el artículo que comentamos. Obedece á la nueva organización de la tutela y de los organismos que la rigen y su contenido está desarrollado en los artículos 269 y 279, principalmente. Al tratar de ellos haremos la crítica de esta dependencia en que se coloca al tutor para la mayoría de los actos,

6.ª El deber de procurar la intervención del protutor ya hemos visto que lo consigna el Código en diferentes lugares, y realmente empieza con la obligación de pedir su nombramiento (art. 234). Véanse los comentarios á los artículos 236 y 265, principalmente.

No se olvide por fin que, según hemos dicho, tiene el tutor más obligaciones que las consignadas en este artículo, aun de las positivas y referentes al ejercicio de la tutela, como son las contenidas en los artículos 279 y 280 respecto de la dación de cuentas; la ya citada del 308 sobre asistencia á las reuniones del consejo; la del párrafo 3.º del art. 1352 sobre hipoteca ó inscripción referente á los bienes dotales, y la de 1903 sobre responsabilidad de los perjuicios que ocasionasen los menores ó incapacitados que estén en su compañía.

Se deduce de este artículo y del espíritu de todos los que al tutor se refieren, que este cargo es personalísimo y por lo mismo intransmisible, pues se le nombra por la confianza que inspira al testador, á la ley ó al consejo de familia.—Síguese de aquí que las obligaciones que la ley le impone debe cumplirlas personalmente, y no por medio de apoderado. Cabe, ciertamente, y es natural y lógico, que se auxilie de otras personas, ó que delegue en otra persona para la práctica de ciertas operaciones, ó para la formalización de ciertos actos que él ha presenciado ó aprobado antes; pero no cabe que delegue la integridad de sus

derechos y obligaciones, ni en absoluto, ni con relación á la totalidad de cada una de sus especiales atribuciones.

Con respecto á la formación del inventario hay dos sentencias del Tribunal Supremo dictadas en 14 de Junio de 1895 y en 25 de Octubre de 1898, que tratan de la cuestión sin resolverla concretamente. Se refiere la primera á un tutor á quien pretendía remover el consejo de familia, por no haber intervenido personalmente en el inventario de los bienes del menor. El consejo acordó la nulidad del inventario, y habiéndose alzado el tutor contra este acuerdo ante el juzgado respectivo, el Tribunal Supremo declara que no hallándose resuelto dicho recurso, no cabe fundar en esa falta la remoción. Trátase en la segunda de una partición de herencia en que interviene en nombre del tutor un apoderado, y el Tribunal Supremo declara ineficaz el contrato, porque á la sazón el tutor no estaba autorizado por el consejo de familia.

Mediante esta autorización concedida para cancelar una hipoteca del menor, declara válida la escritura otorgada al efecto por el apoderado del tutor, la Resolución de 18 de Diciembre de 1900.

ARTÍCULO 265

El inventario se hará con intervención del protutor y con asistencia de dos testigos elegidos por el consejo de familia. Este decidirá, según la importancia del caudal, si deberá además autorizar el acto algún Notario.

ARTÍCULO 266

Las alhajas, muebles preciosos, efectos públicos y valores mercantiles ó industriales, que á juicio del consejo de familia no hayan de estar en poder del tutor, serán depositados en un establecimiento destinado á este fin.

Los demás muebles y los semovientes, si no estuvieren tasados, se apreciarán por peritos que designe el consejo de familia.

ARTÍCULO 267

El tutor que, requerido al efecto por Notario, por el protutor ó por los testigos, no inscribiese en el inventario los créditos que tenga contra el menor, se entenderá que los renuncia.

I

Consideraciones generales.

Los tres artículos que preceden deben estudiarse juntos, porque se refieren á un mismo hecho, y en realidad no hacen más que dar reglas para el cumplimiento de la obligación contenida en el núm. 3.º del art. 264.

En conjunto, las reglas que se establecen mejoran lo dispuesto en la ley de Enjuiciamiento civil (artículos 1861 y 1870), reformando á la vez el carácter público que necesariamente debía siempre tener el inventario, según nuestro derecho antiguo (Fuero Juzgo, ley 3.ª, tít. 3.º, libro 4.º; leyes 99, 100 y 120 del título 18, Partida 3.ª, y el citado art. 1861 de la ley de Enjuiciamiento civil). El Código, por el contrario, dispone por regla general que sea un acto privado, con lo cual se libra al menor ó incapacitado de gastos excesivos; pero deja en libertad al consejo de familia para que acuerde convertir en público aquel acto, cuando crea que el valor y la seguridad de los bienes lo exigen. Los testigos (de que algunos códigos extranjeros prescinden, v. gr. el francés), debían ser, según la ley de Enjuiciamiento civil, parientes cercanos del menor; ahora los elegirá el consejo, sin sujeción á categoría alguna, aunque ateniéndose á los preceptos que sobre incapacidad absoluta ó relativa para actuar de testigos contiene el art. 1246 del Código, el 21 y 27 de la ley del Notariado y el 67 del reglamento de 28 de Mayo de 1862. En cuanto á la intervención del protutor, ya está indicada en el núm. 1.º del art. 236.

No menciona el Código qué orden debe seguirse en la formación del inventario. Obvio es decir que, no ofreciendo particularidad alguna como tal el inventario de bienes del menor ó incapacitado, suplen este silencio los artículos 1066 y 1067 de la ley de Enjuiciamiento civil, que establecen un orden para los inventarios de testamentarías voluntarias. El Código se limita á señalar dos particularidades respecto de los bienes muebles y valores, y de los créditos del tutor.

La primera concuerda con los artículos que se refieren á la fianza, en los cuales hemos visto que ésta no asegura todos los bienes muebles del menor ó incapacitado, sino tan sólo los que entren en poder del tutor (art. 254), ó en otros términos, que no todos los bienes de aquella clase serán entregados al tutor. El motivo muy razonable de esta disposición es fácil explicar, y conviene hacerlo, sobre todo porque la mayor parte de las legislaciones extranjeras no contienen nada parecido.

Es natural que ni el tutor ni los menores ó incapacitados necesiten, para la satisfacción de sus necesidades ordinarias, tener bajo su poder inmediato, es decir, poseer en casa todos los bienes de la clase que menciona el art. 266. No siendo necesarios, nada perjudica su depósito, y en cambio ofrece dos ventajas: dar más facilidad para la constitución de la tutela, por la disminución de la fianza que produce, y dar mayor garantía de seguridad al menor ó incapacitado, porque indudablemente la da aquel medio más que la retención en la casa de bienes y valores en cierto modo ociosos. El Código francés adopta otro punto de vista, de que no se han hecho cargo los redactores del nuestro, con relación á los muebles (no á las alhajas, efectos públicos, etc.), que no pasen á poder del tutor por disposición del consejo de familia: ordena que se vendan (art. 452); y la razón es, como observa Laurent, que de este modo (y en el supuesto de que «son inútiles al menor durante todo el tiempo de su minoridad») «encontrará, al concluir la tutela, el capital aumentado con los intereses mientras que, si se conservaran en especie, el menor tendría un mobiliario deteriorado, fuera de uso y con

pérdida de su valor» (1). Este peligro (el de deterioro) se corre, sin duda, en el caso de depósito; pero también es cierto que la venta requiere gran discreción en el consejo, ya por el valor de afección ó recuerdo que pueden tener algunos muebles, ya por el artístico, que, sobre todo en los objetos antiguos, puede ser insustituíble, ó convertir su enajenación indiscreta en un perjuicio irreparable. Por esto, sin duda, el Código de Portugal, aunque acepta el punto de vista francés, emplea una restricción muy razonablemente entendida, y dice en el núm. 13 del art. 224: «Autorizar al tutor para la venta de los muebles cuya conservación no sea conveniente...»

Siendo el inventario una relación completa del caudal, con su activo ó pasivo, es forzoso que contenga los créditos existentes contra el menor ó incapacitado; y como el tutor es quien lo forma, natural es que incluya los suyos, si los tuviere, máxime porque esta declaración evitará reclamaciones posteriores, tal vez fraudulentas. Por ello, sin duda, previenen muchos códigos que los créditos que el tutor tuviere contra el menor ó incapacitado y no hubiesen sido inscritos por él en el inventario, no serán reclamables (2). Nuestro Código, para hacer más segura y solemne esta pérdida y aquella obligación, exige el requerimiento, puesto que con él, á la vez que se recuerda al tutor su derecho, se corta de raíz todo viso de justicia en las reclamaciones posteriores en que aleguen olvido. No es posible alegar esta circunstancia cuando tan expresamente se hace memoria sobre el caso; y si á pesar de ella deja el tutor de consignar créditos suyos, muy lógico es que se presuman renunciados. Creemos, sin embargo, que esto no debe tener efecto para con los créditos cuya existencia ignore el tutor en el momento de ser requerido, y cuya noticia y justificantes aparezcan con posterioridad, como tampoco respecto de aquellos cuya renuncia por omisión produzca perjuicio de tercero. Ambas excepciones,

(1) *Ob. cit.*, tomo 5.°, pág. 21.
(2) Artículo 606 del Código mejicano, 451 del francés, 246 del portugués, 285 del italiano, etc.

abonadas por disposiciones de carácter análogo (v. gr., respecto de la defensa de derechos en el procedimiento civil), son de marcada equidad (1); y la segunda conforma, además, con el artículo 4.º del Código, que establece el principio general respecto de las renuncias.

Aparte de esto, téngase bien entendido que para que el tutor pierda el derecho á reclamar sus créditos no inscritos en el inventario, es preciso que haya mediado y conste el requerimiento, hecho por *cualquiera* de las personas que menciona el art. 267, puesto que no se establece orden de preferencia entre ellas. Si interviene Notario, á él mejor que á nadie corresponde el requerimiento, que se hará, claro es, en términos generales, puesto que lo ordinario ha de ser que aquél ignore si existen créditos y cuáles son. No habiéndose hecho requerimiento, el tutor puede, según la interpretación literal del texto, reclamar los créditos no inscritos en el inventario.

II

Cuestiones.

Sólo discutiremos una, que ya se ofreció á la consideración de los redactores del Proyecto de 1851.

¿Puede admitirse prueba al tutor contra lo que resulte del inventario?—La ley de Partidas (120, título 18, Partida 3.ª), negaba esta facultad, siguiendo el derecho romano, aunque debe notarse que no se refiere al caso de error ignorado, sino al de inclusión consentida, y alegando que se consintió «por fazer muestra que el huérfano era más rico, porque pudiese mejor casar ó por otra razón semejante». El parecer contrario de la mayoría de los intérpretes—y con ellos el de Gutiérrez y Goyena—se refiere particularmente á la prueba de error justo y de hecho, que se admite contra la propia confesión hecha en juicio. Así dice Gutiérrez: «nos parece muy probable y muy justo que pueda ale-

(1) Consúltese Laurent, tomo 5.º, pág. 20, núm. 14.

garse cualquier error, por el que un tutor haya sido inducido á creer que tal ó cual cosa pertenecía al pupilo».

Goyena se apoya principalmente en que el inventario no tiene más fuerza que la confesión en juicio, y, por tanto, opina que debe valer respecto de él lo que tocante á ésta se admite; doctrina que también sostiene Laurent para un caso análogo, y que nosotros adoptamos. La sección de codificación á que perteneció Goyena la hubo de aceptar también en parte; es decir, limitándola á la prueba instrumental.

ARTÍCULO 268

Cuando acerca de la pensión alimenticia del menor ó incapacitado nada hubiese resuelto el testamento de la persona por quien se hizo el nombramiento de tutor, el consejo de familia, en vista del inventario, decidirá la parte de rentas ó productos que deba invertirse en aquella atención.

Esta resolución puede modificarse á medida que aumente ó disminuya el patrimonio de los menores ó incapaces, ó cambie la situación de éstos.

El presente artículo concuerda con el 221 del Proyecto de 1851; y con los arts. 1861, 1862 y 1864 de la ley de Enjuiciamiento civil, si bien por ésta se daba al juez, oyendo al tutor y al promotor fiscal, la facultad que, por haber variado el régimen de la tutela, se concede ahora al consejo de familia para fijar la pensión alimenticia del menor ó incapacitado.

Según dicha ley, los alimentos pueden asignarse, ya fijando una cantidad determinada dentro de la renta del que los recibe, ya aplicando el importe total de ella, ó sea, de los frutos que producen los bienes de aquél: y á este segundo modo se llama de «frutos por pensión» ó «por alimentos». Ahora bien: diciendo como dice el artículo que el consejo de familia decidirá *la parte de rentas ó productos* que deba considerarse como pensión alimenticia, ocurre la duda de si esto supone una prohibición de la segunda de las formas descritas; es decir, del concepto de «frutos

por alimentos», conforme al prudente encargo de la ley romana de no señalar para alimentos del menor *todas* sus rentas, sino procurar que quede, como en reserva, algún sobrante de ellas; pero bien pronto se comprende que si la vaguedad de los términos que usa el artículo pueden inducir á pensar si incluye aquella prohibición, el sentido general del Código la rechaza de tal manera, que el art. 279 (primero del capítulo de «Cuentas de la tutela») habla de un modo expreso de la asignación de frutos por alimentos al menor ó incapacitado, y lo mismo el núm. 4.º del artículo 290.

El consejo de familia, pues, podrá adoptar la forma que le parezca más conveniente de las dos citadas, ajustándose á las condiciones y vicisitudes del patrimonio y situación del alimentista; ley general de toda la materia de alimentos, que ya se consigna en el lugar correspondiente: debiendo advertir que esta facultad de alterar la pensión, traída á nuestro derecho del romano, no se encuentra, como ya observaba García Goyena, en muchos de los Códigos extranjeros, aunque puede deducirse en algunos de su contexto.

En vista del inventario, dice también el artículo, el consejo de familia fijará la pensión alimenticia, porque de aquél ha de resultar la importancia del caudal. Pero puede suceder que la necesidad de los alimentos se imponga antes de concluir el inventario, y en tal caso será preciso que el consejo determine la cantidad que interinamente haya de invertirse en esa atención, sin perjuicio de fijarla definitivamente luego que aquél esté concluído.

El segundo párrafo del artículo que comentamos suscita otra duda, por la manera en que está redactado «Esta resolución», etcétera, parece que la mencionada facultad de alterar ó modificar la pensión fijada se refiere sólo á la que el propio consejo hubiese determinado, á falta de resolución sobre el caso de la «persona que hizo el nombramiento de tutor», y no á esta última, si existiera. Puede notarse que semejante duda era imposible según los términos del art. 221 del Proyecto de 1851, por-

que en él se mencionan los dos casos, mención que, al variar la redacción del artículo presente, ha desaparecido. De esta novedad se deduce lógicamente que el Código quiere que se respete la voluntad del testador, y así deberá hacerse mientras no cambien las circunstancias; pero, si por haber aumentado ó disminuído el patrimonio del menor ó incapacitado, ó por haber cambiado la situación de éstos, es indispensable modificar la disposición del testador, bien podrá hacerlo el consejo en uso de sus facultades.

El Código permite la asignación al tutor de frutos por pensión, como lo prueban los arts. 279 y 290. La sentencia de 26 de Octubre de 1894, declara que la facultad concedida al consejo de familia por el art. 268, es sólo para el caso de que el testador no haya expresado su voluntad sobre la pensión del menor y la retribución del tutor; de modo que si aquél asignó frutos por pensión, el consejo no puede disponer lo contrario, fundándose en la importancia del caudal ó en otra razón más ó menos poderosa.

ARTÍCULO 269

El tutor necesita autorización del consejo de familia:

1.° Para imponer al menor los castigos de que tratan el núm. 2.° del art. 155 y el art. 156.

2.° Para dar al menor una carrera ú oficio determinado cuando esto no hubiese sido resuelto por los padres, y para modificar las disposiciones que éstos hubiesen adoptado.

3.° Para recluir al incapaz en un establecimiento de salud, á menos que la tutela esté desempeñada por el padre, la madre ó algún hijo.

4.° Para continuar el comercio ó la industria á que el incapacitado ó sus ascendientes ó los del menor hubiesen estado dedicados.

5.° Para enajenar ó gravar bienes que constituyan

el capital de los menores ó incapaces, ó hacer contratos ó actos sujetos á inscripción.

6.° Para colocar el dinero sobrante en cada año después de cubiertas las obligaciones de la tutela.

7.° Para proceder á la división de la herencia ó de otra cosa que el menor ó incapacitado poseyere en común.

8.° Para retirar de su colocación cualquier capital que produzca intereses.

9.° Para dar y tomar dinero á préstamo.

10. Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, ó para repudiar éstas ó las donaciones.

11. Para hacer gastos extraordinarios en las fincas cuya administración comprenda la tutela.

12. Para transigir y comprometer en árbitros las cuestiones en que el menor ó incapacitado estuviere interesado.

13. Para entablar demandas en nombre de los sujetos á tutela y para sostener los recursos de apelación y casación contra las sentencias en que hubiesen sido condenados.

Se exceptúan las demandas y recursos en los juicios verbales.

I

Consideración general.

Ningún artículo mejor que el presente demuestra la importancia que en el organismo de la tutela tiene hoy el consejo de familia, y ninguno sirve más para caracterizar en su verdadero valor la intervención é iniciativa del tutor en el ejercicio de la tutela. El art. 264 se limita á fijar sus obligaciones; pero no habla del modo de cumplirlas, ni, por consecuencia, del grado de personalidad que en ese cumplimiento ha de tener el tutor. A ello acude el presente artículo, fijando de una vez la posición de este funcionario con respecto al círculo en que ejerce sus atribuciones.

No se crea por esto, sin embargo, que el tutor gozaba, en el derecho anterior al Código, de absoluta libertad. Gran parte de los números del artículo se refieren á actos en los que ya era preciso antes obtener autorización judicial. Tal sucede con el 3.º, según el art 8.º del decreto de 19 de Mayo de 1885; el 5.º, según el art. 2011 de la ley de Enjuiciamiento civil y otras disposiciones; el 7.º, según los artículos 1041 y 1049 de la propia ley citada; el 9.º, según el artículo nombrado en el núm. 5.º, y el 12, según el 2025 de la misma ley. De modo que sólo resultan limitaciones nuevas introducidas por el Código, aunque consignadas ya en el Proyecto de 1851, las de los números 1.º, 2.º, 4.º, 6.º, 8.º, 10, 11 y 13, con lo cual se ha procurado poner al amparo de abusos la persona y los bienes del que por su edad ó incapacidad está sujeto á tutela.

El Código se amolda con esto á las condiciones de toda legislación en que está recibida y adoptada la existencia del consejo de familia. Ofrece, por su parte, la ventaja formal sobre otros Códigos extranjeros, y sobre el mismo Proyecto de 1851, de presentar reunidos todos los casos en que se necesita autorización del consejo, aunque con ellos no se agotan los de intervención de este cuerpo en el ejercicio de la tutela. Baste recordar los artículos 265, 266 y 268, que ya hemos examinado. En cuanto á las concordancias, existen con el derecho francés, italiano y belga, entre otros; pero ya tendremos ocasión de señalar las diferencias que separan á nuestro Código del portugués, muy digno de estudiarse, y que por cierto incluye en un mismo artículo todas las atribuciones del consejo de familia, de las que son parte las autorizaciones de que habla el que comentamos.

Procedamos ahora á examinar particularmente cada uno de los casos en que el tutor necesita pedir y obtener la autorización del consejo de familia.

II

Examen particular de los casos.

1.° No necesita explicación después de lo dicho en el comentario del art. 263. Véanse allí los motivos que hay para esta limitación, y adviértase que aunque aquí se habla sólo de *castigos* y no de las *correcciones,* que cita también el núm. 2.° del art. 155, ambas cosas han de entenderse comprendidas en la disposición de que tratamos, como se deduce de la referencia que hace también al art. 156. Sobre este punto, el tutor tiene las mismas facultades que el padre; pero no libres como éste, ó sin otra limitación que la que le aconsejen su prudencia y amor paternal, sino subordinadas al criterio del consejo de familia, á quien tiene que pedir autorización para ejecutar la corrección ó castigo que haya creído conveniente imponer al menor. El consejo, pues, podrá negar la autorización, ó concederla en absoluto ó con moderación de la pena, procediendo con la prudencia necesaria para no desautorizar al tutor ni permitir abusos. En su caso será también aplicable la disposición del art. 158.

El núm. 1.°, que estamos comentando, se refiere sólo á los menores: no están comprendidos en él los incapacitados, aunque también puede el tutor corregirlos *moderadamente,* según el artículo 263; pero no puede recluirlos en un establecimiento de salud sin la autorización del consejo de familia, como se previene en el núm. 3.°

2.° También hemos indicado algo en el comentario del artículo 264 al hablar de la educación. El Proyecto de 1851 decidía de un modo análogo al decir en su art. 222 lo siguiente: «El tutor deberá oir al consejo de familia sobre la carrera ú oficio que haya de darse al huérfano, cuando el padre ó la madre no se la hayan dado, y para variar la dada por éstos.—Si las rentas del menor no alcanzan á cubrir los gastos de sus alimentos y educación, el consejo de familia decidirá si ha de ponerse á oficio ó adoptarse otro medio para evitar la enajenación de sus

bienes.» Así se aprecia el motivo, único á nuestro parecer (las condiciones económicas), que puede permitir al consejo modificar las disposiciones y deseos de los padres, pero nunca la diferencia de ideas ó apreciación respecto de este punto, si no han variado las condiciones en cuya vista dispusieron aquéllos sobre la educación de los hijos.

No puede caber en el espíritu del Código autorizar otra cosa, porque en el estado de lucha y transformación en que se encuentra nuestro pueblo (donde las opiniones suelen tener gravemente divididas á las familias), conceder al consejo la facultad de variar el plan educativo de los padres por no creerlo bueno, erigiéndose, por tanto, en juez de una cuestión tan transcendental, sería dar paso á grandes disturbios y á faltas hacia la memoria de los padres.

La voluntad de éstos es lo primero que debe respetarse, principio reconocido por el derecho de todos los pueblos, incluso el romano, aunque no de un modo tan absoluto en este último. Sólo dos causas hay que permitan desviarse de esa voluntad manifiesta: el cambio de las circunstancias en cuya consideración eligieron el padre ó la madre determinada carrera ú oficio (García Goyena), y la propia voluntad racional del mismo menor, según hemos visto que hace el Código italiano, tomando esta sabia prevención de respeto del antiguo Código sardo (artículo 312), en lo cual concuerda el mejicano (art. 600), y de un modo más radical aún el de Guatemala (art. 368): «El tutor destinará al menor á la carrera ú oficio que *el mismo menor elija*, según sus circunstancias.»

Lícito es, pues, entender que los términos del número que estudiamos se refieren á estas dos causas; es decir, á la variación en las circunstancias, ya económicas, ya físicas ó intelectuales del menor, y á la voluntad de éste mismo, al cual (puesto que no se prohibe y aunque no se dispone taxativamente como en los Códigos citados) podrá y deberá consultarse para continuar ó modificar las disposiciones dejadas por los padres, ó adoptar las convenientes si no hubieran dejado ninguna.

3.° Fácilmente se comprende la intención que ha guiado á los redactores del Código en este caso. La experiencia de repetidos ejemplos de arbitrariedad, y aun de criminal propósito por miras interesadas, lleva á rodear de garantías acto de tanta gravedad como el de recluir al incapaz en un manicomio. La suspicacia de la ley, sin embargo, detiénese cuando se trata del padre, la madre ó un hijo, respeto racional y fundado, en términos generales, por fortuna. Téngase en cuenta lo que disponía el Real decreto de 1886, citado como precedente.

4.° Lo mismo que en números anteriores, debemos recordar lo dicho en el comentario del art. 262 al tratar de los actos que por sí pueden ejecutar los menores. La cuestión es aquí más reducida, puesto que sólo se refiere á los casos en que el tutor haya de continuar por sí el ejercicio del comercio á que se dedicaban el incapacitado ó sus ascendientes, ó los del menor, ya porque éste no pueda legalmente hacerlo (por no hallarse en ninguno de los casos de excepción que se citaron), ya porque, pudiendo, no quiera, y convenga, sin embargo, á sus intereses que se siga el negocio. — El Código de Comercio había ya previsto el caso en su art. 5.°, que dice: «Los menores de veintiún años y los incapacitados podrán continuar, por medio de sus guardadores, el comercio que hubiesen ejercido sus padres ó sus causantes. Si los guardadores carecieren de capacidad legal para comerciar, ó tuvieren alguna incompatibilidad, estarán obligados á nombrar uno ó más factores que reunan las condiciones legales, quienes les suplirán en el ejercicio del comercio.» Cosa análoga disponen la ley belga de 1872 (art. 8.°) y el Código de Comercio italiano de 1882 (art. 12), el cual determina ampliamente las condiciones y requisitos que han de llenar los tutores para ejercer el comercio en nombre y por cuenta de sus pupilos.

En nuestra legislación no hay pormenores sobre este particular. El Proyecto de 1851 se limita á consignar (art. 227) que el consejo es quien ha de decidir si debe continuarse el comercio ó industria que el padre ó madre del menor ejercían, á menos que éstos «hubiesen dispuesto algo sobre este punto, en

cuyo caso se respetará su voluntad, en cuanto no ofrezca graves inconvenientes, á juicio del consejo». Semejante reserva ha desaparecido en el Código vigente, pero debe considerarse entendida en los términos del presente número, pues si el consejo de familia ha de dar autorización para *continuar* el comercio ó la industria, se le hace árbitro de esta continuación, y es lógico que para ello aprecie tanto las circunstancias del momento como la voluntad de los padres.

5.° Una sola observación hemos de hacer á los términos que usa este número para expresar su idea. Dice el texto «contratos ó actos *sujetos* á inscripción», é indudablemente ha querido decir *inscribibles* ó susceptibles de inscripción, y esto porque las palabras citadas en primer lugar no indicarían más que aquellos actos ó contratos en que la inscripción es obligatoria ó forzosa, siendo así que en la mayoría, según el sentido de la ley Hipotecaria, es voluntaria, caso aparte del efecto que respecto de tercero produce la no inscripción.

El Código no habrá querido, pues, limitar su disposición á los pocos actos ó contratos en que verdaderamente es obligatoria la inscripción, porque los que están en caso contrario son, repetimos, la mayoría. No siendo procedente á nuestro objeto determinar aquí uno por uno los correspondientes á ambas clases, nos limitaremos á remitir al lector, respecto de los primeros, á los arts. 1638 y 1875 del Código, y al 7.°, 141 y 150 de la ley Hipotecaria; y por lo que toca á los segundos, al art. 2.° de la misma ley, 1.°, 2.°, 4.° y 5.° del reglamento de 1870, y, en parte, al 1549 del Código civil vigente.

En cuanto á las enajenaciones ó gravámenes, adviértase que se dice de los *bienes* sin distinción. Deberá, pues, aplicarse tanto á los muebles como á los inmuebles. Recuérdese también lo que hemos dicho tocante á la analogía de la permuta y la venta, consideradas ambas como casos de enajenación. El Código de Portugal es menos amplio, en cuanto limita la autorización á los bienes inmuebles (número 16 del art. 224); pero es más explícito en pormenores, puesto que habla de empréstitos,

préstamos con dinero del menor, hipotecas y enajenaciones.

La Resolución de la Dirección de los Registros de 30 de Octubre de 1892, aunque incidentalmente, por referirse á enajenaciones de bienes de menores no emancipados, coloca entre los actos que exigen autorización del consejo de familia, en su caso, la revocación de donaciones hechas al menor, cuando esa revocación no se verifica con completa independencia de la voluntad de los interesados.

Los tutores que ya existían al publicarse el Codigo han de acomodarse en el ejercicio de su cargo á las reglas establecidas en dicho Cuerpo legal, y no pueden, por tanto, enajenar bienes de los menores sujetos á su guarda sin obtener la correspondiente autorización del consejo de familia, como afirma la Resolución de 20 de Septiembre de 1890.

A su vez, la de 7 de Diciembre de 1894 proclama el principio de que los conflictos de derecho internacional relativos á la tutela han de resolverse por la ley nacional del menor ó incapacitado, y, en su consecuencia, no es posible en un acto de enajenación de bienes de un incapacitado extranjero exigir la autorización del consejo de familia, cuando este requisito no es necesario, según las leyes de su nación.

La Resolución de 23 de Marzo de 1912 declara aplicable á Aragón este número, y, en general, todo el régimen tutelar del Código, para los menores de veinte años, pues aunque conforme á las disposiciones forales los mayores de catorce no estaban sujetos á tutela y podían enajenar sus bienes con autorización de los dos padres ó del sobreviviente de ellos, ó, en su defecto, del juez ordinario de la localidad, fué costumbre en aquella región nombrarles curador para los bienes, con arreglo á las disposiciones del Código civil, las cuales son sustituídas ahora por las del Código relativas á la tutela y al consejo de familia. Esta jurisprudencia podría, sin embargo, ser discutida.

6.° No necesita explicación particular. Al pedir el tutor al consejo de familia la autorización para colocar el dinero sobrante, deberá expresar el empleo que se proponga darle para que

sea productivo, y si no lo hace responderá de los intereses legales, como se previene en el art. 273.

7.° También es clara la disposición de este número, y debe entenderse que la división de la cosa común comprende todos los casos posibles, es decir, lo mismo si el menor ó incapacitado concurren como condueños, que si lo hicieran como acreedores, puesto que su interés en este último concepto no es menos grande, sobre todo si existe hipoteca sobre la cosa que va á dividirse. El proyecto de 1851 especificaba más el caso al añadir que la licencia ó autorización no sería necesaria cuando la división fuese provocada «por otro tercero que tenga derecho á ello», porque entonces, decía García Goyena: «la partición ó división es forzosa, y tan independiente de la voluntad del tutor como de la autorización del consejo de familia».

Consecuente la Dirección de los Registros con su criterio de haber sustituído dicho consejo á la autoridad judicial en todas las facultades que á esta autoridad correspondían en materia de tutelas, afirma en Resolución de 25 de Noviembre de 1893, que la partición en que haya interesados menores ó incapacitados sujetos á tutela, no debe ser aprobada por la autoridad judicial, sino, en su caso, por el consejo de familia, el cual, con el fin de que la autorización de que habla el núm. 7.° del art. 269 del Código, no se convierta en una vana fórmula, debe trazar al tutor las bases á que debe rigurosamente ceñirse al proceder á la división, ó bien prestar á ésta su aprobación, una vez ultimada, apareciendo así otorgado el contrato por el tutor bajo la inspección directa é inmediata del consejo de familia como quiere la ley.

Se refieren también á particiones de herencia y aceptan la doctrina del núm. 7.° de este artículo, las Resoluciones de 6 de Julio de 1896, 23 de Abril y 24 de Diciembre de 1900, y la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Octubre de 1898.

Es claro que al hablar dicho número de autorización para proceder á la división de una cosa común, exige un requisito previo, ó que debe ser anterior al hecho de la partición, y es ló-

gica la doctrina de la Dirección relativa á la conveniencia ó casi necesidad de que en esa autorización se señalen determinadamente al tutor las bases á que debe sujetarse en el cumplimiento de su misión. Por lo demás, ningún número del art. 269, ni ningún otro artículo del Código, habla de la aprobación; acto posterior de la división ó partición por el consejo de familia, y sólo el art. 1060 deja de exigir la aprobación judicial cuando los interesados menores están sujetos á la patria potestad y representados por su padre ó su madre. Este artículo, del que parece deducirse que en todo otro caso la aprobación judicial es necesaria habiendo menores, y los preceptos de la ley de Enjuiciamiento civil aplicables á esta materia, y no modificados por el Código como hemos indicado, hacen demasiado atrevida y falta de base la doctrina de la Dirección, que encomienda al consejo de familia la aprobación de las particiones en que hay interesados menores sujetos á tutela. Sin embargo, en la práctica se ha admitido esa doctrina como más sencilla y justa, y como más beneficiosa á los mismos menores, puesto que el consejo de familia ha de interesarse más y ha de examinar el asunto mejor que la autoridad judicial, cuyas aprobaciones son mera fórmula, según sostiene la misma Dirección de los Registros en Resolución de 14 de Junio de 1897.

Después de publicada la segunda edición de este tomo, el Tribunal Supremo, en sentencia de 1.º de Febrero de 1906, ha declarado que la aprobación de las particiones de herencia en que hay interesados menores sujetos á tutela, no corresponde al consejo de familia, sino únicamente á la autoridad judicial. De esta importante declaración que confirma nuestras anteriores apreciaciones, nos ocupamos en el comentario del art. 1060.

El albacea *in solidum* autorizado por el testador para la práctica de la partición de los bienes hereditarios, no necesita para proceder á ella autorización del consejo de familia, aunque sea también protutor, porque no obra con este carácter. (Sentencia de 14 de Noviembre de 1904.)

8.º Se comprende la disposición de este número por la gra-

vedad que puede entrañar para los intereses del menor el acto á que se alude. La responsabilidad del tutor va expresa con bastante energía en el art. 273, que debe confrontarse con el presente. Allí se habla de omisión ó negligencia; aquí de un hecho positivo, al cual deberá recurrir el tutor, á veces, para no caer bajo la sanción de aquel artículo.—Lo mismo que este número disponía el art. 239 del Proyecto de 1851.

9.º Los términos sencillos y absolutos de este número indican que se refiere á todos los contratos de préstamo de dinero, cualquiera que sea su forma y la cantidad de que es objeto, ya sea el tutor el prestamista ó prestatario, ó sea, como dice el artículo del Código portugués que hemos citado antes, «para contraer empréstitos y para prestar dinero». Claro es que si se necesita la autorización para el contrato original, es también precisa para toda modificación que en él se introduzca y pueda afectar á la seguridad ó utilidad de los intereses del menor.

Con esta disposición se aparta el Código de la doctrina que rige en otros muchos contemporáneos, como el francés, el de Holanda y el de Luisiana que prohiben prestar y tomar prestado en nombre del menor; y en parte también modifica el derecho patrio anterior, puesto que si éste admitía el préstamo en ambas formas, era mediante prueba de que con ello se seguía beneficio al menor. La autorización del consejo de familia que hoy se exige hace innecesario que el tutor ofrezca esta prueba en los términos que antes se pedía, aunque siempre habrá de dar sus explicaciones al consejo mismo sobre la utilidad del acto que solicita realizar.

10. Contiene dos partes este número. La primera se refiere á la aceptación de herencia, y los términos que usa suponen que el tutor no puede ejecutar por sí acto alguno que suponga la aceptación expresa ó tácita de ninguna sucesión ó herencia, ya sea testamentaria, ya abintestato, comprendiendo, por tanto, la solicitud de declaración de heredero de que hablan los artículos 978 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, porque lleva envuelta, á tenor del art. 999 del Código, una aceptación

tácita, ó, á lo menos, la intención de hacerla. El motivo de esta limitación no es otro que los peligros que puede llevar consigo una herencia, en la cual es posible que el pasivo exceda al activo, redundando entonces en daño del menor. Así, el Código dispensa de la autorización del consejo cuando la herencia se acepta á beneficio de inventario. porque entonces el peligro aludido ya no existe; y para mayor claridad en este punto, vuelve á formular su pensamiento en el art. 992, según el que, si el tutor aceptase por sí la herencia, «la aceptación se entiende hecha á beneficio de inventario».

Nada dice el número de los legados, y pudiera creerse que para aceptarlos no se necesita de autorización. Realmente, el peligro á que hacíamos referencia no existe aquí, como cuando lo aceptado es la cualidad de heredero; pero contiene el Código otra disposición de la que nos hemos ya hecho cargo, y según la cual el consejo ha de decidir de la aceptación del legado, cuando menos en el caso en que el testador haya juntamente nombrado tutor al menor ó incapacitado á quien corresponde la manda. El texto del art. 207 á que aludimos está terminante: «También puede nombrar tutor á los menores ó incapacitados el que les deje herencia ó legado de importancia. El nombramiento, sin embargo, no surtirá efecto alguno hasta que *el consejo de familia haya resuelto aceptar la herencia ó el legado.*» Para este caso, pues, cuando menos, la autorización es precisa. Nuestro Proyecto de 1851 decía de un modo bien terminante que «para admitir *legados* ó donaciones á nombre del menor ... necesita el tutor autorización del consejo de familia» (art. 244).

En cuanto á la repudiación de herencias, nada tenemos que decir: la gravedad del perjuicio que podría ocasionarse al menor es demasiado clara para que necesite explicaciones, ni apoyo de argumentos la garantía que el Código establece con la autorización.—Respecto de las donaciones, adviértase que se habla sólo de su repudiación. El tutor podrá, pues, aceptarlas por sí, amoldándose á los arts. 630, 631 y 633, aunque en realidad basta, según el art. 63), la carencia de aceptación, para que se repu-

ten nulas aquéllas. El Proyecto de 1851 (art. 244) comprendía ambos casos; el Código portugués exige también la autorización para aceptar donaciones (núm. 17 del art. 224) y lo mismo hace el de Italia si «están sujetas á cargas ó condiciones» (artículo 296).

11. El concepto de «gastos extraordinarios» que aquí se menciona, carece de explicación. La tenía (aunque sólo respecto de los bienes) en el Proyecto de 1851, que decía: «para todos los gastos extraordinarios *ó que no sean de conservación ó reparación*, etcétera» (art. 246), y el antiguo Código prusiano aun acotaba más la idea cuando disponía que «al principiar la tutela, se fijará una suma para las reparaciones; y el tutor no podrá excederse de ella sin la autorización del tribunal.» El de Guatemala y el de Méjico son más conformes á nuestro citado proyecto, pues dicen que «para todos los gastos extraordinarios que no sean de conservación ó reparación, necesitará el tutor, etc.» (arts. 384 y 625, respectivamente).

En nuestro derecho vigente no hay texto directo que explique la idea de gastos extraordinarios por lo que toca á la tutela. Hay, pues, que acogerse, para la interpretación, á otras disposiciones de distinto carácter y que, como el Proyecto de 1851, se refieren sólo á los gastos que producen los objetos materiales, siendo así que la persona del menor ó incapacitado, v. gr., en su educación, puede exigir «gastos extraordinarios». De esas disposiciones á que aludimos es el art. 500 del Código, que hablando de las reparaciones de las cosas dadas en usufructo dice: «se considerarán *ordinarias* las que exijan los deterioros ó desperfectos que procedan *del uso natural de las cosas* y sean *indispensables* para su conservación». Todo lo que exceda de ahí, se considerará, pues, como gasto extraordinario. La explicación es análoga en la ley de Enjuiciamiento civil, cuyo art. 1016, refiriéndose al administrador de abintestato, le ordena que haga en los edificios «las reparaciones *ordinarias* que sean *indispensables* para su *conservación*». Descendiendo ahora á las indicaciones concretas, bueno será notar las que trae Dias Ferreira, el

comentador del Código portugués, según el cual (comentario al núm. 14 del art. 224) se considera como gasto extraordinario la reedificación de un predio urbano, y como ordinario el cultivo de los predios rústicos.

Con estas indicaciones, creemos se da bastante criterio para la interpretación de las palabras que usa el número en que nos ocupamos, á lo menos por lo que toca á los gastos que ocasionan los bienes; no así en los que se refieren á las necesidades personales del menor ó incapacitado, aunque algo pudiera hallarse en el capítulo de alimentos. En todo caso, el consejo es quien ha de decidir.

12. Considera, con razón, el Código tan importante lo que se refiere á transacciones y compromisos en los derechos del menor ó incapacitado, que vuelve á ocuparse de este asunto, para desenvolver su doctrina en el art. 274, que ya veremos, y en el 1810, donde repite que «el tutor no puede transigir sobre los derechos de la persona que tiene en guarda, sino en la forma prescrita en el núm. 12 del art. 269 y en el 274 del presente Código». Natural parece, por tanto, que lo mismo rija para las apelaciones y demás recursos de las sentencias de los árbitros, puesto que son éstos un período esencial del juicio que pueden variar por completo sus resultados. Además, el núm. 13 exige la autorización para toda clase de recursos. El Proyecto de 1851 establecía las condiciones y trámites de ella en los arts. 247, 248, 249, 250 y 251, con más pormenor que lo hace el art. 274 vigente á que hemos aludido.

13. Habla este número, en su primer párrafo, de la autorización necesaria para que el tutor «entable demandas». ¿Deben tomarse estas palabras en su sentido literal, ó interpretar la frase como equivalente á *ejercicio de acciones civiles ó penales*? El Código francés se limita á las acciones relativas á bienes inmuebles; el italiano dice: «demandas judiciales», excepto «las acciones posesorias ó cuestiones relativas á la percepción de rentas y salvo los casos de urgencia» (art. 296), y nuestro Proyecto de 1851 sólo exigía la autorización para entablar demanda de ma-

yor cuantía y para oponerse á la entablada contra el menor ó conformarse á ella (art. 252).

Los términos literales del número que comentamos comprenden todas las acciones que se entablan en forma de *demanda*, según la ley de Enjuiciamiento civil, y con más amplitud que el Proyecto de 1851, puesto que únicamente se exceptúan las demandas y recursos en los juicios verbales, y en cambio se incluyen los recursos de apelación y casación contra las *sentencias en que hubiesen sido condenados;* pero queda fuera de su alcance el ejercicio de la acción penal, debiendo entenderse que para ella no se necesita autorización. Un comentarista distinguido pretende que hay aquí una falta de redacción, fundándose, sobre todo, en la circunstancia de que, necesitándose aquel requisito para los recursos de casación, no sea preciso para promover la causa criminal. Nos inclinamos más bien á creer—en vista del precedente que nos da el Proyecto de 1851 y de los que ofrecen con rara unanimidad los principales Códigos europeos—, que si hay falta de redacción, es al determinar cuáles *recursos* se entienden comprendidos en el primer párrafo del número; pues que, á nuestro parecer, se refiere éste tan sólo á los recursos de carácter civil, es decir, los que comprenden aquellas cuestiones que se entablan por medio de demanda, mediante cuya interpretación, además de conformar con los susodichos precedentes y con el sentido general del número, se desvanece la contradicción á que antes aludimos.

Según esto, el tutor, en opinión nuestra, podrá por sí solo: 1.°, promover causas criminales; 2.°, entablar demandas en los juicios verbales y ejercitar los recursos correspondientes, incluyendo en estos juicios el de desahucio cuando tiene los caracteres de verbal (arts. 1562 y 1570 de la ley de Enjuiciamiento civil); 3.°, incoar cualquiera otra cuestión jurídica que no empiece en forma de demanda, como los actos de jurisdicción voluntaria; 4.°, contestar á las demandas que se entablen contra el menor ó incapacitado á quien representa. Esta facultad estaba limitada en el Proyecto de 1851, según hemos visto, y aunque

el Código haya prescindido de esa limitación, como el contestar ó allanarse á una demanda puede traer graves perjuicios, y comprometer los intereses del menor ó incapacitado, el tutor, para salvar su responsabilidad, deberá dar cuenta al consejo, para que éste resuelva si debe oponerse ó allanarse á la demanda; y nunca deberá allanarse sin dicha autorización, porque esto puede implicar la renuncia de derechos, que no puede verificar válidamente por sí solo.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Mayo de 1900, tampoco necesita el tutor autorización del consejo de familia para pedir judicialmente la remoción de los vocales del mismo, pues entonces dicho consejo sería juez y parte y podría negar la autorización.

Para recurrir en la vía contenciosa después de apurada la gubernativa, también es indispensable la autorización del consejo, según declara la sentencia del Tribunal Contencioso-administrativo de 23 de Febrero de 1896.

Se refieren también al núm. 13 de este artículo las del Tribunal Supremo de 27 de Febrero y 26 de Noviembre de 1897.

Resta sólo advertir que la autorización del consejo en los casos en que procede, deberá presentarse con los demás documentos que han de acompañar á la demanda. En los recursos, teniendo en cuenta la exigüidad del plazo que hay para interponerlos, ya sean de apelación, ya de casación, y que el Código no usa la palabra *interponer*, sino la de *sostener*, creemos y tenemos por indudable que el tutor puede y debe interponer el recurso dentro del término legal, y pedir después ó á la vez la autorización del consejo de familia para sostenerlo, desistiendo de él, si le fuere denegada. Será conveniente acreditar la autorización al personarse en el Tribunal Superior ó en el Supremo, pero esta omisión no puede servir de fundamento para repeler ó no admitir *de oficio* el recurso interpuesto en tiempo: la parte á quien interese podrá instar lo que le convenga.

En cuanto á la forma en que ha de constar la autorización, no puede ser otra que la certificación del acta de la sesión en

que el consejo de familia la haya concedido, presentándola original para acreditarlo, ó insertándola en el documento que se otorgue, ó conservándola el tutor para su resguardo, según los casos.

Por no comprenderse la prohibición en ninguno de los números del art. 269, permite al tutor hacer por sí solo el nombramiento de un administrador de los bienes de un menor, la sentencia de 28 de Febrero de 1900.

A su vez la Resolución de 18 de Diciembre del mismo año declara que, autorizado el tutor por el consejo de familia para cancelar una hipoteca del menor, es válida la escritura otorgada al efecto por un apoderado de ese tutor, pues no hay precepto alguno que prohiba á los tutores apoderar á un tercero para la práctica ó realización de algún acto determinado que le incumba. Sin esa previa autorización del consejo para el acto, no es válida la partición en que interviene un apoderado del tutor. (Resolución de 23 de Abril de 1900.)

III

Cuestiones.

En el presente artículo están comprendidos taxativamente los casos en que el tutor necesita la autorización del consejo de familia para actos que se relacionan, ya con la persona, ya con los bienes y derechos del menor ó incapacitado. Además de ellos, cuando el Código ha creído necesaria dicha autorización para otros actos, la ordena expresamente, como puede verse en el número 4.º del art. 275 y en otros. Podrá ocurrir duda en algún otro caso, sobre si aquélla es ó no necesaria; pero se resolverá examinando si está comprendido implícitamente en alguno de los determinados por la ley, y si no lo está, no será necesaria la autorización. Veamos algunos de esos casos de duda.

Profesión religiosa del menor.—¿Bastará el consentimiento del tutor por sí solo; ó será necesario que éste obtenga la autorización del consejo de familia? Creemos comprendido el caso en el

número 2.º del presente artículo. *Carrera* es la eclesiástica, y según dicho número, el tutor no puede dar al menor una carrera determinada sin la autorización del consejo. Si la duda se refiere al acto de la profesión religiosa, téngase presente que el determinar sus requisitos es de la competencia de la Potestad eclesiástica, y no del Código civil, por lo cual, sin duda, nada se ha dispuesto en éste sobre ello.

Arrendamientos.—Tampoco se dice nada expresamente sobre ellos. Hasta el término de seis años sabido es que el tutor puede otorgarlos por sí (art. 1548); pero ¿y cuando exceden de este plazo? Para contestar á esta duda hay que acudir á la interpretación legal de los arrendamientos y deducir, con Ramos Bascuñana (1), que «como, según la ley Hipotecaria, al exceder de seis años el arrendamiento, se crea un verdadero derecho real, si bien el Código de un modo expreso nada dice, puede entenderse comprendido entre los contratos para los que el tutor necesita autorización del consejo, puesto que es el arrendamiento, en este caso, un contrato sujeto á inscripción». (V. el núm. 5.º del artículo presente). El Código de Italia así lo exige para los arrendamientos que excedan de nueve años (art. 296); el de Portugal para los de más de tres años, «con tal que el plazo no exceda de la época de la mayor edad» (núm. 14 del art. 224); el de Méjico para los de más de nueve años, aunque sustituyendo la autorización del consejo por la del curador (protutor) y la judicial (art. 621): ejemplos todos que robustecerían nuestra doctrina y la del Sr. Ramos, si no bastara la apreciación de la ley Hipotecaria.

Enajenación forzosa.—García Goyena, siguiendo el criterio del Proyecto de 1851, explícito en el art. 233, sostenía que no era necesaria la autorización cuando la enajenación «es forzosa é independiente de la voluntad del tutor». Lo mismo ha de entenderse hoy, por ser ineludible en tales casos la enajenación de los bienes del menor ó incapacitado. Si es por causa de utilidad

(1) *Capacidad de los menores para contratar y obligarse*, pág. 176.

pública, el tutor necesitará autorización del consejo, conforme al núm. 5.º, para allanarse y convenir en el precio; y si es judicial la venta para el pago de algún crédito, podrá el tutor solicitar dicha autorización para arbitrar recursos á fin de realizar el pago; pero si llega el caso de hacerse la venta judicialmente, se llevará á etecto, la autorice ó no el consejo. Esto es de sentido común.

Finalmente, suscitan algunos la duda de si el menor emancipado deberá pedir la autorización del consejo para vender ó gravar sus bienes. En nuestro sentir esta cuestión no corresponde al presente artículo, el cual habla sólo de los actos que el tutor ha de hacer en nombre del pupilo; mientras que, según el artículo 317, los menores emancipados pueden *ellos mismos* vender y gravar sus bienes, sin más formalidad que el *consentimiento* del tutor, cuando lo tengan. Aunque allí no se hace indicación alguna respecto del consejo, creemos necesaria la autorización de éste, en razón á que sin ella no puede prestar el tutor su consentimiento á dichos actos, según el núm. 5.º del presente artículo. Esta autorización ha sustituídó á la judicial, que por el derecho antiguo era necesaria para la validez de la enajenación de bienes de menores, aun siendo casados y mayores de dieciocho años, y, por tanto, emancipados, según confirman las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de Octubre de 1865, 18 de Septiembre de 1862 y otras.

ARTÍCULO 270

El consejo de familia no podrá autorizar al tutor para enajenar ó gravar los bienes del menor ó incapacitado sino por causas de necesidad ó utilidad, que el tutor hará constar debidamente.

La autorización recaerá sobre cosas determinadas.

ARTÍCULO 271

El consejo de familia, antes de conceder autorización para gravar bienes inmuebles ó constituir dere-

chos reales á favor de terceros, podrá oir previamente el dictamen de peritos sobre las condiciones del gravamen y la posibilidad de mejorarlas.

ARTICULO 272

Cuando se trate de bienes inmuebles, de derechos inscribibles, ó de alhajas ó muebles cuyo valor exceda de 4.000 pesetas, la enajenación se hará en pública subasta con intervención del tutor ó protutor.

Los valores bursátiles, así los públicos como los mercantiles ó industriales, serán vendidos por agente de Bolsa ó corredor de Comercio.

Los tres artículos que anteceden son desarrollo del núm. 5.º del 269, y especifican las formalidades necesarias para enajenar y gravar los bienes del menor ó incapacitado. En lo esencial de la doctrina repiten lo ya dispuesto en nuestra antigua legislación, á partir del Fuero Juzgo hasta la ley de Enjuiciamiento civil, con la diferencia de que la autorización ha de darla el consejo de familia en vez de la autoridad judicial á quien antes estaba encargado. Y será bueno advertir que todavía en esto adopta nuestro Código un sistema más radical que sus análogos contemporáneos, puesto que muchos de ellos, que admiten el consejo de familia (como el belga, el francés y el italiano), requieren que la autorización dada por éste sea confirmada por el juez ó tribunal; prevención de mayor garantía que copiaron nuestros Proyectos de 1851 (art. 231) y 1882, y de que prescinde la ley vigente otorgando mayor amplitud y confianza al consejo, por lo cual no faltan comentaristas que la censuren creyendo excesiva esta libertad. Cuando menos, según acabamos de ver, es mayor que la concedida por algunas de las legislaciones contemporáneas, y obedece al sistema, bien manifiesto por los redactores del Código, de excluir la intervención judicial en todo lo que no sea de absoluta necesidad.

El art. 270 es copia exacta del 229 del Proyecto de 1851, ex-

cepto el segundo párrafo; y en cuanto al género de las causas en que debe fundarse la autorización, sigue también á nuestro derecho clásico, superior en este punto á las leyes romanas. Estas, en efecto, no admitían la venta sino en caso de extrema necesidad, mientras que las de Partida aceptan la absoluta *necesidad* («tan gran menester que non podrían al fazer») y la evidente *utilidad* (gran pro), aunque exigiendo siempre la subasta (leyes 4.ª, tít. 5.º, Partida 5.ª; 60, tít. 18, Partida 3.ª, y 18, título 16, Partida 6.ª). Lo que no hace el Código es especificar las causas mismas de uno y otro género; pero acudiendo á la legislación anterior, aparte de la contemporánea extranjera, y según el parecer de los intérpretes más autorizados, pueden citarse algunos ejemplos. Tales son: pago de deudas que hubiese dejado el padre del huérfano (Fuero Viejo, ley 2.ª, tít. 4.º, libro 5.º, y ley 18, tít. 16, Partida 6.ª); casamiento de éste ó de una de sus hermanas (Partida 6.ª, ley citada); alimentos ó reparaciones urgentes; redención del servicio militar del menor; obtención de un título académico, gasto de enfermedades; cancelación de hipoteca ú otro derecho real, etc.

El Código francés pide, en el caso de «necesidad absoluta», que el tutor haga constar en cuenta sumaria «que el dinero, muebles y rentas del menor no bastan á cubrir sus necesidades» (art. 475), y nuestro García Goyena advierte que la necesidad ha de ser tan absoluta, que sin la venta del *inmueble* no pueda salirse de ella («non lo pudiendo excusar de ninguna manera», que dice la ley 18, tít. 16, Partida 6.ª), y la *utilidad*, evidente y grande, no pequeña.

Y adviértase de paso—porque esto es importante—que tanto el Proyecto de 1851 como el Código francés, se refieren á la venta (ó gravamen) de bienes *inmuebles;* mientras que nuestro artículo dice solamente *bienes*, incluyendo, pues, toda clase de ellos, aunque en el 271, para el efecto de la consulta á peritos, y en el 272, añade también *inmuebles*, especificándolos mucho. ¿Habrá tal vez una errata de omisión en el art. 270? El hecho de que la edición primera del Código no incluía las palabras

bienes inmuebles en el art. 272, pudiera dar fundamento á esta duda; pero la redacción de ese mismo artículo que dice: «Cuando se trate de bienes inmuebles», manifiesta que puede también tratarse de bienes de otro género, y en efecto, cita las alhajas y muebles, con lo cual queda confirmado el texto del 270.

Resulta, pues, que la justificación de necesidad ó utilidad se requiere para enajenar ó gravar *toda clase* de bienes; que cuando éstos son *inmuebles*, *derechos inscribibles* ó *alhajas*, y *muebles* cuyo valor exceda de 4.000 pesetas, se exige además subasta pública; y si son *valores públicos*, la venta por medio de agente de Bolsa ó corredor de Comercio; y, finalmente, que el consejo podrá asesorarse de *peritos* («expertos en la materia de que se trate», dice el Código de Guatemala, art. 374), cuando sea caso de gravar *inmuebles* ó constituir *derechos reales* á favor de terceros, sobre las condiciones del gravamen, concertadas por el tutor, y la posibilidad de mejorarlas.

Se ha suscitado la duda de si el art. 272, al fijar como límite el valor de 4.000 pesetas para que la enajenación se verifique en pública subasta, se refiere sólo á los muebles y alhajas, ó también á los bienes inmuebles y derechos reales. De acuerdo las Resoluciones de la Dirección de los Registros de 23 de Agosto de 1894 y 7 de Marzo de 1895, declaran que el pronombre *cuyo* que se emplea en dicho artículo, se refiere siempre á la palabra que antecede, y nunca á los demás miembros de la oración, por lo cual, y atendiendo además á los antecedentes de nuestro derecho patrio, y á la mayor importancia que en sí tienen y al legislador merecen siempre los bienes inmuebles, debe entenderse que el Código exige la subasta pública en esta clase de bienes cualquiera que sea su valor, y en los muebles y alhajas sólo cuando ese valor exceda de 4.000 pesetas.

No indica el Código la *forma* ó manera de justificar la utilidad ó necesidad. Ya hemos visto que el Código francés (artículo 457), lo hace para uno de los casos. Nuestro Proyecto de 1851 no disponía nada sobre este punto, pero sí dispuso la

ley de Enjuiciamiento civil (tít. 11, libro 3.°, 1.ª parte). Ahora bien: como esta ley se refiere al derecho positivo anterior al Código, en que la autorización había de concederse por el juez, sus artículos están amoldados á esa condición fundamental, y por tanto, dentro del orden normal de trámites de los asuntos judiciales. ¿Regirán estos trámites ante el consejo de familia? Basta la lectura de los artículos 2012, 2013 y 2014 de la mencionada ley, para comprender que no cabe aprovechar de ellos, en el derecho actual, sino la necesidad de expresar el motivo y justificarlo (ante el consejo) y de usar toda clase de pruebas, incluso la testifical. Otros pormenores, que deberán incluirse en el Reglamento del consejo de familia, no nos atrevemos á insinuar aquí.

La Resolución de la Dirección de los Registros de 28 de Mayo de 1897 declara que al consejo de familia toca apreciar la necesidad ó la conveniencia de la enajenación ó el gravamen, sin que sea necesario que se reseñen en el acta de autorización los motivos que impulsan á los vocales para concederla, ni tampoco el previo dictamen pericial sobre el avalúo de las fincas; que este dictamen es potestativo, según el art. 271, pero que acordado el previo avalúo, debe el notario hacerlo constar en la escritura que autorice.

¿Y tocante á la *forma* de la autorización? El art. 270 se limita á decir (en cierto modo con el Código italiano), que ha de recaer sobre cosas determinadas. El Proyecto de 1851 era más explícito, exigiendo que se concediera en instrumento público, con unión de los papeles justificativos que el tutor había de presentar (art. 230). ¿Deberá subsistir esta formalidad en el derecho vigente? Nuestro parecer es que basta la certificación del acta de la sesión del consejo concediendo la autorización, como ya se ha dicho.

¿De qué clase ha de ser la subasta mencionada en el art. 272? El Código no lo dice, y procederá, por lo tanto, lo mismo la judicial que la extrajudicial. En el Proyecto de 1851 se prescribía taxativamente la judicial, conforme con el Código francés, el ho-

landés, el de Luisiana, el de Méjico y nuestras leyes de Partidas. Si se adopta esta forma, regirán las reglas del mencionado título 11, libro 3.° de la ley de Enjuiciamiento civil.

Conforme con la opinión sustentada, declara la Resolución de 15 de Octubre de 1902 que, verificándose la enajenación en subasta pública, y expresándose así en la escritura, se halla cumplido este requisito, conformándose con el precepto del artículo 272, sin que el Código exija se celebre con intervención de notario ó de la autoridad judicial.

En cuanto á la venta de valores bursátiles, la forma que establece el Código es la normal y adecuada, produciendo el efecto de hacer *irreivindicables* de tercero los valores así negociados, según dispone la ley de 30 de Marzo de 1861 (art. 1.°) y la de 29 de Agosto de 1873, y confirman las sentencias de 11 de Julio y 22 de Noviembre de 1882.

Finalmente, queda por resolver otra cuestión. ¿Qué valor legal tendrán las ventas y gravámenes verificados por el tutor sin cumplir los requisitos que estos artículos mencionan? Evidentemente serán nulos, según tiene declarado constantemente la jurisprudencia del Tribunal Supremo; si bien habrá que exceptuar la venta de valores bursátiles en que hay, como hemos visto, un precepto concreto en contrario. Para suponer la nulidad, según nuestro Código, basta la aplicación del art. 4.° que dice serán nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, «salvo los casos en que la misma ley ordene su valimiento». El Proyecto de 1851 declaraba expresamente la nulidad en su art. 235; pero, según Goyena, si el comprador probase que el precio se invirtió en utilidad del menor, deberá serle abonado, porque sería inicuo que éste se enriqueciera con detrimento ajeno. Los que intervengan, pues, en estos negocios, deberán pedir que se exhiba la autorización del consejo y se cumplan los demás requisitos, so pena de la nulidad del acto y las responsabilidades que puedan seguirse, como indudablemente se han de seguir para el tutor.

La prueba de que se han observado todas las formalidades

de derecho corresponderá al comprador ó persona en cuyo favor se hiciera el gravamen; pero si es el menor (ó incapacitado, ó el protutor en su caso), quien pide la nulidad, alegando que no fué cierta la causa que se expuso, le incumbiría probarlo, en opinión de García Goyena.

Examinados los arts. 270 al 272, la práctica ha enseñado una omisión, ó ha puesto de manifiesto una duda, cuya solución no se encuentra en el Código. El tutor necesita autorización del consejo de familia, según el núm. 5.º del art. 269, para *enajenar* bienes de los menores ó incapacitados sujetos á su guarda. No nos ofrece duda alguna, y así lo hemos sostenido, que la permuta es un acto de enajenación. Ahora bien: al exigir el art. 272 que la enajenación de bienes inmuebles se haga en pública subasta, ó prohibe la permuta de los bienes de menores sujetos á tutela, puesto que en tal acto es imposible la subasta, lo cual es un absurdo, ó no se ha tenido presente esta forma de enajenación. Nosotros creemos que los bienes inmuebles de los menores é incapacitados sujetos á tutela pueden desde luego permutarse, que el tutor ó protutor necesita para ello autorización del consejo de familia, y que en tal caso, á la subasta pública debe sustituir la previa tasación pericial de las fincas que por una y otra parte han de ser cambiadas, y la justificación de la utilidad que á los incapacitados ó menores deba reportar el acto.

ARTÍCULO 273

El tutor responde de los intereses legales del capital del menor cuando, por su omisión ó negligencia, quedare improductivo ó sin empleo.

Al estudiar el núm. 6.º del art. 269 hicimos ya referencia á éste que ahora nos ocupa, considerándolo como una consecuencia de aquél. La razón de su doctrina es perfectamente clara, puesto que hay un principio de derecho, admitido constantemente, según el cual, quien por su culpa ó negligencia ocasiona á otro un daño, debe indemnizarle. La aplicación concreta á

este caso del tutor, se hizo en sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Marzo de 1858, confirmada por otra de 18 de Junio de 1881; y el Proyecto de 1851, por su parte, lo había incluído en su art. 228.

Queda por averiguar en qué consiste la omisión ó negligencia del tutor. El art. 1104 del Código define en términos generales la negligencia como «la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda á las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar», definición realmente vaga, y que deja la decisión de casi todos los casos concretos á los Tribunales de justicia. Por fortuna, hay respecto del tutor un texto más explícito, que es el núm. 4.° del art. 264, donde se acotan sus deberes, puesto que en él se prescribe que administre el caudal de los menores ó incapacitados «con la diligencia de un buen padre de familia»; frase cuya interpretación tradicional, bien conocida en las escuelas, creemos innecesario recordar aquí. La diligencia, pues, que se le exige, es estrechísima, y comprende, entre otros actos, por lo que respecta á la colocación del dinero, la demanda de autorización que exige el citado núm. 6.° del art. 269, puesto que sin ella no puede colocar ningún dinero sobrante del menor.

De todos modos, téngase siempre en cuenta que para caer en la responsabilidad señalada es preciso que la omisión ó negligencia sean *personales* del tutor, porque si éste ha puesto de su parte todos los cuidados procedentes, y el empleo ó productividad del capital quedasen sin efecto por hechos ajenos, entonces no hay motivo para que se cargue al tutor la culpa; doctrina que ya aceptó el derecho romano (ley 12, pár. 4.°, tít. 7.°, libro 27 del Digesto). Tal sucedería si, pedida la autorización por el tutor, tardara tanto el consejo en darla, que se perdiera la ocasión para la cual hubo de solicitarse, encuyo caso la responsabilidad sería de los vocales del consejo, á tenor del art. 312.

Resta advertir que el interés legal (véase el art. 1108 del Código y su comentario) sólo se debe en caso de improductividad absoluta ó falta completa de empleo, interpretación á que

autoriza el hecho de que no fije el Código tipo alguno de ella, prevención abonada por las vicisitudes que el empleo y valor del dinero suele atravesar.—El artículo debe considerarse aplicable no sólo á la tutela del menor, como se dice explícitamente, sino también á las de los incapacitados.

ARTÍCULO 274

La autorización para transigir ó comprometer en árbitros deberá ser pedida por escrito, en que el tutor exprese todas las condiciones y ventajas de la transacción.

El consejo de familia podrá oir el dictamen de uno ó más letrados, según la importancia del asunto, y concederá ó negará la autorización. Si la otorgare, lo hará constar en el acta.

Aunque en parte, concuerda este artículo con lo dispuesto en la ley de Enjuiciamiento civil (tít. 11, libro 3.º), y con la doctrina expuesta en el art. 248 del Proyecto de 1851, introduce de hecho grandes innovaciones.

Por de pronto la autorización la da, en todos los casos, el consejo de familia, mientras que por la ley de Enjuiciamiento civil la daba el juez. La libertad del consejo es en el Código vigente mucho mayor que en el Proyecto de 1851, pues en éste el Tribunal de primera instancia debía confirmar la autorización referente á transacciones que recayesen sobre propiedad de bienes inmuebles ú otro derecho real, ó sobre muebles cuyo valor exceda de 500 duros ó sean inestimables (art. 250); y aun la decisión de los compromisarios necesitaba ser confirmada (artículo 251). Se ve, pues, que el Código sigue su sistema de evitar la intervención judicial en las funciones del consejo; mas para garantizar el acierto de las decisiones de éste, hace posible el dictamen de uno ó más letrados, resucitando el precepto del artículo 1412 de la ley de Enjuiciamiento de 1855, suprimido en la de 1881, si bien con la diferencia de que dicha ley exigía el dic-

tamen de tres letrados, y el Código deja en libertad al consejo para oir el dictamen de uno ó más letrados de su elección cuando lo crea conveniente ó necesario.

En cuanto á la exigencia de que el tutor exprese por escrito «todas las condiciones y ventajas de la transacción», es una garantía de buen acierto que ya se previno en el art. 2025 de la ley de Enjuiciamiento civil y en el Proyecto de 1851. «Esta precaución—decía García Goyena—omitida en los Códigos modernos, hace innecesaria la confirmación judicial: el consejo no autoriza vaga y generalmente para transigir, sino que se sujeta á condiciones y términos que han de constar por escrito.» Debemos advertir que aunque el Código dice sólo «de la transacción» debe entenderse que es también del compromiso.

La observación con que termina el segundo párrafo del artículo es, sin duda, un defecto de redacción, porque de su contexto literal pudiera deducirse que sólo debe constar en el acta el hecho de concederse la autorización y no el de negarla; cuando en realidad es una obligación ineludible, que consignan el número 2.º del art. 304 y el 311, que todas las decisiones consten fundamentadas en las actas de las sesiones del consejo. Hay, pues, que estar á ese precepto general, y al prevenir aquí que si el consejo otorga la autorización, lo hará constar en el acta, es sin duda con la idea de que se inserte, como habrá de insertarse en la escritura de transacción ó de compromiso. (Véase el título 13, libro 4.º del Código, relativo á las transacciones y compromisos.)

Véase también la Resolución de 25 de Noviembre de 1893.

ARTÍCULO 275

Se prohibe á los tutores:

1.º Donar ó renunciar cosas ó derechos pertenecientes al menor ó incapacitado.

Las donaciones que por causa de matrimonio hicieren los menores con aprobación de las personas que hayan de prestar su consentimiento para el matrimo-

nio, serán válidas siempre que no excedan del límite señalado por la ley.

2.° Cobrar de los deudores del menor ó incapacitado, sin intervención del protutor, cantidades superiores á 5.000 pesetas, á no ser que procedan de intereses, rentas ó frutos.

La paga hecha sin este requisito sólo aprovechará á los deudores cuando justifiquen que la cantidad percibida se ha invertido en utilidad del menor ó incapacitado.

3.° Hacerse pago, sin intervención del protutor, de los créditos que le correspondan.

4.° Comprar por sí ó por medio de otra persona los bienes del menor ó incapacitado, á menos que expresamente hubiese sido autorizado para ello por el consejo de familia.

I

Examen general del artículo

Aunque el presente artículo comienza con una afirmación radical que, en cierto modo, se refiere á todos los actos que luego enumera, basta leer éstos para advertir como en unos (el 1.°), la prohibición es absoluta, mientras que en los demás es relativa: por cuanto las donaciones ó renuncias del número 1.° no puede hacerlas jamás el tutor, al paso que para los cobros, etc., de que hablan los números restantes, sólo se exige la intervención del protutor ó la autorización del consejo de familia. No obstante, esa diferencia que á primera vista se nota, no es enteramente exacta, puesto que, como veremos, alguna vez podrá el tutor renunciar cosas ó derechos del menor ó incapacitado, aunque no libremente por sí. Estudiemos ahora separadamente cada uno de los números del artículo, que bien lo merecen por su importancia.

1.° La prohibición que aquí se contiene es tan natural, que muchos Códigos extranjeros la callan, como observa García Go-

yena, «sin duda por no creer necesario expresarla, puesto que nadie puede donar lo que no es suyo» (comentario al art. 245 del Proyecto de 1851). Sin embargo, otros Códigos posteriores á aquella fecha han creído útil, como el Proyecto citado y el artículo vigente, declarar de un modo expreso la prohibición. Tal sucede en el de Portugal (núm. 1.º del art. 244), el de Guatemala y el de Méjico.

El de Suiza prohibe expresamente á los tutores (art. 408), hacer ninguna donación de algún valor, establecer fundaciones ni prestar fianza á expensas del pupilo. Algunos comentaristas censuran este rigor, considerando que en muchas ocasiones el auxilio representado por la prestación de fianza, puede ser un deber de piedad ó una exigencia del crédito y de los intereses de la familia.

Los bienes á que se refiere este número son todos los que pertenezcan realmente, ó sobre los cuales tenga algún derecho de pertenencia el menor ó incapacitado, aunque no los posea en el momento de la donación ó renuncia: el efecto para sus intereses sería el mismo en ambos casos.

Hemos dicho que la prohibición de que nos ocupamos no es absoluta. Aparte de la del párrafo segundo, de que luego trataremos, hay las siguientes excepciones:

1.ª Renuncia de las herencias ó donaciones, mediante autorización del consejo de familia (núm. 10 del art. 269).

2.ª Todas las renuncias ó donaciones que se exijan como condición para el efecto de las transacciones, según los términos del núm. 12 del art. 269 y el 274.

Las donaciones ó renuncias, pues, á que alude el número que estudiamos, son las de mera liberalidad ó las que se hacen «á título gratuito», como dice el Código portugués; y aun éstas tienen la excepción de que vamos á hablar en seguida.

Dice el párrafo segundo que «las donaciones que hicieren los menores, con la aprobación de las personas que hayan de prestar su consentimiento para el matrimonio, serán válidas» si no exceden del límite legal; lo cual es perfectamente exacto (y el

Código se cuida de apoyarlo en los arts. 1318 y 1331), pero no tiene nada que ver con el tutor, porque estas donaciones son actos personales que el menor puede hacer por sí, según le autoriza el citado art. 1318, y sin intervención en ningún caso del tutor. No refiriéndose, pues, á un acto de éste, semejante disposición no puede tener otro objeto que recordar aquí lo que en ella se previene para evitar dudas. El único caso en que procede, como observa muy bien un comentarista, es el del art. 1323, es decir, tratándose de las capitulaciones matrimoniales otorgadas «por aquél contra quien se haya pronunciado sentencia ó se haya promovido juicio de *interdicción* civil ó de *inhabilitación*», porque en ellas sí que interviene el tutor con su concurso; pero aquí, como se ve, ya no se trata de menores.

2.º No necesita gran explicación este número. Por él vemos que el tutor podrá cobrar todas las cantidades inferiores á 5.000 pesetas, y también las superiores si proceden de rentas, intereses ó frutos. En los demás casos necesita, ineludiblemente, de la asistencia del protutor, y la falta de este requisito producirá la nulidad del pago, en perjuicio de los deudores, excepto si concurre la circunstancia expresada en el párrafo segundo. Igual salvedad contenía, para el caso de préstamo al menor, la ley 3.ª, tít. 1.º de la Partida 5.ª; y por lo que se refiere al pago y á la venta de bienes, el proyecto de 1851 (arts. 241 y 235 respectivamente). La razón es de equidad, porque si la cantidad recibida aprovechó, en efecto, al menor, sería inicuo que éste repitiera, enriqueciéndose con detrimento ajeno. «Para decidir si el menor (ó incapacitado) se ha enriquecido (es decir, si le ha aprovechado el pago)—observa García Goyena—se atiende ordinariamente al tiempo de la contestación del pleito; pero si con el dinero pagado se compró una cosa necesaria al menor, se entiende ser éste más rico, aunque aquélla se haya perdido antes de la contestación, *quia tantumdem de suo perditurus erat*, si no se hubiera hecho el pago.»

3.º Se refiere este número á los créditos que el tutor tenga contra el menor, ya consten en el inventario ó se hayan acredi-

tado posteriormente, ó contraído durante el ejercicio de la tutela, como si el tutor adelantó dinero para algunos gastos. El Proyecto de 1851 añadía que la no intervención del tutor hace el pago nulo; lo mismo ha de entenderse hoy en virtud de la prohibición expresa de la ley.

4.° Conviene fijarse en lo que preceptúa este número, por la importancia que encierra y por la contradicción de que luego hablaremos.

Resulta de él que el tutor puede adquirir los bienes del menor ó incapacitado, siempre que alcance para ello autorización del consejo de familia. Los precedentes de esta cuestión, en derecho patrio y en el extranjero, difieren radicalmente, pudiendo clasificarse en dos grupos: los que niegan la posibilidad de que el tutor adquiera bienes de la persona respecto de la cual ejerce guarda, y los que las admiten con ciertos requisitos. Sostienen esta última doctrina (que es la del Código vigente) el derecho romano, según el cual podía comprar el tutor las cosas del menor en subasta pública (ley 5.ª, tít. 58, libro 4.° del Código); la ley de Partidas (4.ª, tít. 5.° de la Partida 5.ª) que autorizaba á lo mismo si lo hacía con otorgamiento del Juez del lugar; el de Holanda, que admite la compra en subasta pública, con aprobación del Juez, del tutor subrogado y de los parientes ó afines del menor (art. 457), el de Luisiana (327), y, por fin, el Proyecto de 1851 (art. 236), que exige autorización del tribunal, previa consulta al consojo de familia. García Goyena añadía en apoyo de esa disposición: «La autorización del tribunal, oído previamente el consejo de familia, aleja toda posibilidad de confabulación en perjuicio del menor... El tutor puede tener motivos particulares para pujar, si, por ejemplo, la finca del menor linda con otra suya, si es de patrimonio ó abolengo, etc.; ¿por qué privar al menor de este aumento de precio?»

Frente á este grupo numeroso de opiniones favorables, hay otro de doctrina contraria, ó sea negativa. Apóyala, en primer lugar, la ley 1.ª, tít. 12, libro 10 de la Novísima Recopilación, vigente hasta la publicación del Código, y según la cual era

nula siempre la compra de bienes del menor ó incapacitado hecha por aquel que los tuviese en guarda. Lo mismo dicen el Código francés (párrafo 3.º del art. 450), el italiano (art. 300), el portugués (núm. 2.º del art. 244), el de Guatemala (artículo 363), el de Méjico (art. 616) y, finalmente, el art. 412 de nuestro Código penal, sancionando la mencionada ley de la Novísima.

Aparentemente, pues, el Código se decide por la doctrina favorable á la adquisición, con más libertad todavía que ninguno de sus precedentes, pues ni se concreta al caso de venta en pública subasta, ni exige la autorización del tribunal: dos requisitos que, según García Goyena, son los que legitiman la facultad de adquirir el tutor bienes de sus representados. Bastaría esta circunstancia para dar gravedad al contenido del número que nos ocupa; pero, además, hay el hecho de una evidente y radical contradicción con el art. 1459 del Código, que dice:

«*No* podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública ó judicial, por sí ni por persona alguna intermedia: 1.º El *tutor* ó protutor, *los bienes de la persona ó personas que estén bajo su tutela.*» ¿Qué pensar de esta contradicción? A primera vista parece insoluble, puesto que la prohibición del art. 1459 está hecha sin reserva alguna, en absoluto. La necesidad, no obstante, de concordar ambas disposiciones, lleva pronto á la consideración de que una y otra contienen el mismo precepto negativo como regla general, diferenciándose en que la del número que nos ocupa admite excepción á él en el caso de mediar autorización del consejo. Hay que pensar, pues, que el defecto del Código consiste en la omisión de una referencia en el art. 1459 de lo dicho en el 275, y, que, por tanto, el tutor podrá adquirir bienes del menor ó incapacitado, obteniendo previamente licencia del consejo de familia.

Puede ocurrir que el menor contraiga matrimonio, y que, después de contraído, compre el tutor bienes de aquél. La Dirección de los Registros, fundándose en que el matrimonio del menor no extingue la tutela, declara en Resolución de 21 de

Diciembre de 1898 que alcanza al tutor en ese caso la prohibición del núm. 4.° del art. 275.

La misma Dirección ha declarado, en Resolución de 16 de Junio de 1908, que siendo el objeto del contrato, no la compra por el tutor de bienes de los menores, sino por el contrario, la venta á éstos de una finca de aquél, mediante pago del precio convenido, tal contrato es completamente distinto del que prohiben los arts. 275 y 1459 á los cuales no puede dárseles mayor alcance que el en ellos previsto, por no ser iguales las circunstancias de uno y otro contrato, y porque dada la naturaleza prohibitiva de los mismos no pueden ampliarse, ni aun por razón de analogía á personas ó casos que no comprendan.

II

Cuestiones.

¿Hay otros actos que le estén prohibidos al tutor?—De modo expreso no aparece ningún otro en el Código: mas cabe preguntar respecto de alguno, v. gr., el préstamo. ¿Puede el tutor prestar dinero al pupilo ó recibirlo de éste en igual forma? El Código, repetimos, no lo prohibe, y por tanto hay que considerarlo posible, pues que en materia de prohibiciones la interpretación ha de ser restrictiva. En todo caso, necesitará el tutor autorización del consejo, pues así se prescribe de un modo general en el número 9.° del art. 269, y no puede considerarse excluído este caso.

La duda respecto de los arrendamientos, que algún comentarista expone, la tenemos ya resuelta en el comentario al artículo 269.

Si el deudor del menor lo es también del tutor, ¿puede éste cobrar su crédito con anterioridad al de aquél?—García Goyena resuelve esta cuestión aplicando el art. 1578 del Proyecto de 1851, idéntico al 1684 del Código vigente, según el cual «cuando un socio autorizado para administrar cobra una cantidad exigible, que le era debida en su propio nombre, de una persona que debía á la

sociedad otra cantidad también exigible, debe imputarse lo cobrado en los dos créditos, á proporción de su importe, aunque hubiese dado el recibo por cuenta de sólo su haber, etc.» La razón, según Pothier, es que «la buena fe no permite que el socio se ocupe menos del crédito de la sociedad que del suyo personal»; y muy bien dice García Goyena que con mayor razón debe regir esto en el caso de tutela.—De todos modos, hay que tener en cuenta la excepción que menciona el párrafo segundo del mencionado art. 1684 del Código.

¿Puede el tutor adquirir por cesión créditos ó derechos contra el menor ó incapacitado?—Lo niegan el Código francés (art. 450), el de Bélgica, el italiano, el portugués y otros. El nuestro no dice nada; pero se deduce la afirmativa, siempre que lo haga con autorización del consejo de familia y no de otro modo, de la facultad que concede el núm. 4.º del presente artículo, puesto que éste permite la compra de bienes del menor é incapacitado, y la cesión, á lo menos la que se hace por título oneroso, está equiparada á la compraventa, según puede verse en el tít. 4.º del libro 4.º

¿Qué recursos tiene el menor y el incapacitado contra los hechos que verifique el tutor faltando á lo que previene este artículo?—Adviértase, ante todo, que estos actos son *ipso jure* nulos, porque violan una prohibición legal, y puede aplicárseles de lleno el artículo 4.º del Código. Pero, además, los menores é incapacitados tendrán particularmente á favor suyo la acción para repetir contra el tutor por la cantidad en que salieron perjudicados, según el art. 287, durante los cinco años siguientes á la extinción de la tutela: y la especial de nulidad por dolo, error ó falsedad de la cosa, si llegasen á tener personalidad para entablarla por sí mismos antes de extinguirse el plazo de cuatro años de que habla el art. 1301. También será posible, en el caso del núm. 1.º, ejercer la acción *reivindicatoria* de la cosa donada. Respecto del número 2.º, véase su párrafo segundo y el comentario.

Puede el tutor conferir poder á un tercero para administrar bienes del menor ó para realizar algún acto de los que le incum-

ben, siempre que en los casos en que la ley lo estime necesario, haya obtenido la autorización del consejo de familia. (Sentencia de 28 de Febrero de 1900, y Resoluciones de 23 de Abril y 18 de Diciembre del mismo año.)

La prohibición de comprar bienes del menor impuesta al tutor no alcanza á los vocales del consejo de familia, como declara la Resolución de 1.º de Septiembre de 1897.

ARTÍCULO 276

El tutor tiene derecho á una retribución sobre los bienes del menor ó incapacitado.

Cuando ésta no hubiere sido fijada por los que nombraron el tutor testamentario, ó cuando se trate de tutores legítimos ó dativos, el consejo de familia la fijará teniendo en cuenta la importancia del caudal y el trabajo que ha de proporcionar su administración.

En ningún caso bajará la retribución del 4, ni excederá del 10 por 100 de las rentas ó productos líquidos de los bienes.

Contra el acuerdo en que se fije la retribución del tutor podrá éste recurrir á los Tribunales.

ARTÍCULO 277

Si el consejo de familia sostuviere su acuerdo, litigará á expensas del menor ó incapacitado.

Aunque se ha considerado la tutela siempre como un oficio de piedad en favor del huérfano desvalido, la práctica constante de nuestro derecho, así como el de otros países, ha concedido al tutor una retribución, para indemnizarle del trabajo personal á que viene obligado y que muchas veces puede entorpecer sus propios intereses, y de la estrecha responsabilidad que sobre él pesa (1).

---

(1) El Código alemán, es bastante restrictivo en este punto. En principio, según el art. 1836, «la gestión de la tutela será gratuita. Sin embargo, podrá el Tribunal de tutelas conceder al tutor, y por motivos particulares

La cuantía de esta pensión ha variado mucho y no importa hacer historia de su proceso. Baste recordar que la ley de Enjuiciamiento vigente (art. 1862) deja al arbitrio del juez señalar el tanto por ciento en que deba consistir, cuando no se hubiesen señalado frutos por pensión. Esta facultad pasa ahora al consejo de familia, quien tendrá en cuenta «la importancia del caudal y el trabajo que ha de proporcionar su administración», pero sin bajar nunca del 4 ni exceder del 10 por 100 *de las rentas ó productos líquidos de los bienes*, lo cual significa dos cosas: 1.°, que dentro de esos dos tipos el consejo fijará la cuantía según las circunstancias; 2.°, que la retribución no debe gravar nunca el capital, sino las utilidades de éste, ó sean las rentas líquidas, descontados los gastos propios y necesarios, como contribuciones, etc.

Esto lleva á preguntar si en el caso de haberse señalado frutos por alimentos, podrá señalarse además como retribución del tutor un tanto por ciento de administración. Ya hemos visto en el artículo citado de la ley de Enjuiciamiento, que no había lugar á esta retribución en el caso de la pregunta, y lo mismo ha de entenderse ahora, como se ha entendido siempre, pues aunque el Código no lo dice expresamente, se deduce de la disposición que comentamos. Si, según ella, el tanto por ciento de retribución ha de ser «de las rentas ó productos líquidos de los bienes», y si todas esas rentas pertenecen al tutor cuando se le asignan frutos por alimentos, tanto que el art. 279 le exime de rendir cuentas, claro es que en esa asignación van comprendidos los alimentos del menor ó incapacitado y la retribución del tutor, sin que pueda exigir más por este concepto, fuera de los gastos extraordinarios que haga con autorización del consejo de familia.

¿Deberá considerarse como renta la pensión ó sueldo que dis-

---

también al protutor, una indemnización equitativa. Esta concesión sólo podrá hacerse cuando el patrimonio del pupilo ó la extensión é importancia de los negocios tutelares lo justifiquen. La indemnización podrá modificarse ó suprimirse en cualquier momento para lo sucesivo».

frute el menor ó incapacitado? Puede suceder, en efecto, que este sea su único medio de vida, faltándole toda clase de capital; y parece, según los términos del artículo, que sobre estas entradas deberá recaer el derecho de retribución para el tutor, fijándolo en el mínimum por el poco trabajo de su administración, á no ser que proceda señalar la pensión por los alimentos.

La disposición del párrafo 2.° del art. 268, por la cual se autoriza al consejo de familia para modificar su resolución sobre la pensión alimenticia «á medida que aumente ó disminuya el patrimonio de los menores ó incapacitados», será también aplicable á la retribución del tutor, como es de justicia. Para ello tendrá también en cuenta el consejo el resultado de las cuentas, que debe rendir el tutor anualmente según el art. 279

Aunque dice el artículo que comentamos, que «*en ningún caso* bajará la retribución», etc., se refiere tan sólo á la que ha de fijar el consejo, y no á la que fijen los que nombren el tutor testamentario, cuya voluntad es la ley del caso. Sin embargo, si esa pensión fuese tan excesiva que constituyese un verdadero gravamen sobre la legítima, lo cual está prohibido (art. 813), podrá reducirse á los límites de la ley.

En cuanto al recurso que se concede al tutor contra el acuerdo del consejo en que se fije su retribución, deberá estarse á lo que se dispone como regla general en el art. 310; pero litigando el consejo á expensas del menor ó incapacitado, cuando crea conveniente sostener su acuerdo, porque en tal caso lo hará en beneficio de éstos.

La sentencia de 16 de Octubre de 1908 declara que el precepto del art. 277, hay que relacionarle con el 312, y no excluye, consiguientemente, el supuesto y la apreciación de la temeridad ó abuso con que haya podido un consejo de familia tomar determinados acuerdos en daño de los menores, cuyo sostenimiento obliga á seguir un litigio.

ARTÍCULO 278

Concluye la tutela:

1.° Por llegar el menor á la edad de veintitrés años, por la habilitación de edad y por la adopción.

2.° Por haber cesado la causa que la motivó, cuando se trata de incapaces, sujetos á interdicción ó pródigos.

Cada uno de los dos números de este artículo se refieren á una clase de tutela: el primero, á la tutela tradicional del menor; el segundo, á la de los incapacitados ó antigua *curatela*. Las cuestiones que suscitan son de distinto género, y así las examinaremos separadamente.

1.° Comprende tres causas. La primera no ofrece dificultad alguna: los veintitrés años constituyen la mayor edad, y siendo la tutela sólo para los menores, claro es que se impone su terminación. La segunda (habilitación de edad) no es del todo exacta, porque, como repetidamente hemos dicho, la habilitación ó «beneficio de la mayor edad» (art. 322) produce iguales efectos, según el art. 324, que la emancipación, y el emancipado necesita, á falta de padres, de *tutor*, para tomar dinero á préstamo, gravar y vender bienes inmuebles y comparecer en juicio (artículo 317). Debe entenderse, por tanto, que lo que aquí se establece es la regla general, y que esta regla tiene las limitaciones ó excepciones antes indicadas.

La adopción no libraba de la tutela en el antiguo derecho; pero hoy es natural que así ocurra, puesto que el adoptante gana la patria potestad sobre el adoptado (art. 154).

2.° Respecto de los incapacitados, no hay que atender á límites de edad ni á habilitaciones. La causa que motiva su incapacidad puede desaparecer, y en ciertos casos desaparece, en efecto, casi á plazo fijo; con ella, por tanto, debe concluir la tutela. Pero ¿cómo ha de probarse que cesó aquella causa? El Código no indica nada sobre este punto. El Proyecto de 1851 era

más explícito y completo, puesto que en su art. 308 indicaba expresamente que será precisa «declaración judicial que levante la interdicción, observándose en ello *las mismas formalidades que para establecerla*», y lo mismo dicen el Código francés (art. 512), el de Luisiana (408), el de Holanda (516), el belga (512), el portugués (386), el argentino (150) y el mejicano (510), lo cual demuestra, de una parte, que á todos han ocurrido las dificultades que su silencio podría traer, y de otra, que la doctrina dominante es de que para levantar la declaración de incapacidad deben seguirse los mismos trámites que sirvieran para pronunciarla ó establecerla.

Hay, pues, que razonar la teoría aplicable á nuestro Código apoyándose en estos precedentes y en el mismo sentido general de la ley acerca de las incapacidades.

La necesidad de declaración judicial para levantar la incapacidad se impone: 1.°, porque no siendo esta materia de las que pueden decidirse por mutuo convenio de las partes, lo natural es que termine como empezó; 2.°, porque para destruir el efecto de una declaración judicial es preciso otra en que se reconozca ó el error de la primera, ó la modificación ocurrida en las condiciones de momento mediante las cuales se dictó; 3.°, porque consiguientemente la capacidad *actual* del que fué antes declarado incapaz no será reconocida legalmente por los Tribunales, ni por los terceros contratantes, si no media una declaración solemne de autoridad que pueda darla; 4.°, porque la cancelación de la inscripción y anotaciones que, según veremos, hay que hacer en el registro de tutelas, en el civil y en el de la Propiedad, no puede hacerse sino en virtud de un título igual al que las produjo, como lo declara para su caso especial la ley Hipotecaria en el art. 82; 5.°, por el interés social que tiene la materia de incapacidades y la necesidad de que todo en ella se haga con ciertas garantías; 6.°, porque existiendo jurisprudencia (sentencias de 30 de Marzo y 14 de Mayo de 1872, entre otras), según la cual, sólo la Sala sentenciadora puede decidir de la incapacidad por falta de juicio para otorgar testamento, y siendo éste el caso en

que más benigna se muestra la ley, puesto que acepta la validez de los intervalos lúcidos, con mayor razón debe aplicarse á la declaración absoluta y para todos los actos.—Esto en cuanto á la forma, con la sola exclusión del sujeto á interdicción, respecto del cual bastará acreditar la extinción de la responsabilidad penal ó el cumplimiento de la condena que motivó la interdicción.

Queda ahora el *procedimiento.* Ya hemos visto que el Proyecto de 1851 y los Códigos extranjeros deciden que sea el mismo que se siguió para la declaración de incapacidad. No vemos inconveniente que así sea en nuestro derecho, en la mayoría de los casos. No puede ser obstáculo á esta opinión el art. 1251 que algunos invocan, y según el cual, «contra la presunción de que la cosa juzgada es verdad, sólo será eficaz la sentencia ganada en juicio de revisión», porque: 1.º Ninguno de los casos en que, conforme á la ley de Enjuiciamiento civil, procede este juicio, tiene relación ninguna con la incapacidad; 2.º, porque en esta materia no hay realmente excepción de cosa juzgada, puesto que de hecho varía, según las condiciones físicas mentales del sujeto en las cuales se funda (siempre exceptuando el caso del sujeto á interdicción). Con razón dice un comentarista que el caso presente es de una naturaleza especial, porque en la declaración de incapacidad, lo que se afirma es la existencia de ésta *en el momento del pronunciamiento;* y en la que se pide y dicta después por haber cesado la causa, *no se revoca aquélla*, sino que meramente se reconoce que la persona que fué declarada antes incapaz con justa causa, *ha recobrado la capacidad con posterioridad* al primer fallo. Las declaraciones, por tanto, no se contradicen, y el art. 1252 no tiene aplicación alguna.

Para determinar, pues, el *procedimiento* aplicable en cada caso, basta recordar el que se preceptúa para las respectivas declaraciones de incapacidad: procedimiento sumario en el caso del loco y del sordomudo (art. 218); juicio contradictorio para el pródigo (art. 221), excepto, como observa bien otro comentarista, cuando aquél invoque como causa la muerte de las personas

en cuya sola consideración permite el Código declarar la incapacidad, porque entonces bastaría hacer constar el hecho alegado. (Véanse los artículos citados y su comentario.)

Resta saber si los incapacitados pueden por sí pedir la extinción de la tutela. Con respecto al sujeto á interdicción, Goyena opinaba que sí, y reflexionando sobre su situación desde el momento que queda cumplida la condena ó extinguida la responsabilidad criminal por indulto, etc., creemos que es exacto. La jurisprudencia francesa, según dice Rogron, tiene precedentes favorables también para el incapacitado. Pero en nuestro derecho no lo creemos posible, puesto que el incapacitado no tiene personalidad para presentarse en juicio: mas podrán hacerlo por él el mismo tutor, el protutor, cualquier miembro del consejo de familia, y, en nuestro sentir, toda persona interesada en la declaración que se solicita, y el Ministerio fiscal.

En cuanto á los efectos de la extinción de la tutela, bastará remitir al capítulo de la mayor edad (2.º del tít. 11), puesto que esta es la situación que se origina, excepto en el adoptado que adquiere la de hijo de familia. Téngase en cuenta también el número 3.º del art. 45 sobre el matrimonio.

¿Hay otros hechos por los cuales termina la tutela?—Nuestro antiguo derecho, siguiendo al romano (y aun el mismo Proyecto de 1851), mencionaban la muerte del menor ó incapacitado: hecho que ciertamente hace terminar la tutela, pero que por no ser *legal*, sino *físico*, no precisa mencionarlo en el Código, ya que, además, se impone de todos modos. La muerte del tutor, su separación ó excusa superveniente, no terminan en realidad el estado de tutela, que es de lo que aquí se trata, y ha hecho muy bien el Código en no mencionarlas. Pero éste menciona en otros artículos hechos que en realidad terminan aquel estado, y conviene aquí recordarlos; que la madre que pasó á segundas nupcias vuelva á quedar viuda, porque entonces recobra la potestad (art. 172); que se suspendan ó terminen los efectos del divorcio (art. 169); que vuelva el padre ó madre ausente, habiendo muerto el otro, y caído, por tanto, en tutela el hijo; y que los

padres sean reíntegrados en la potestad por cesar los motivos en cuya virtud pueden los tribunales suspenderla ó privarla (art. 171). En cambio, debe considerarse como una falta que no incluya el Código la emancipación por patrimonio entre las causas que producen la extinción de la tutela; porque si bien es cierto que los casados mayores de diez y ocho años siguen necesitando el *consentimiento* del tutor para ciertos actos relativos á los bienes, no lo es menos que igual circunstancia concurre en los habilitados de edad, y, sin embargo, la habilitación está comprendida en las causas que menciona el núm. 1.º del presente artículo. Lo mismo pudiera decirse tocante á los emancipados por concesión (art. 317). La verdad es que, para unos y otros, la tutela á que siguen sujetos no es una tutela perfecta, y difiere mucho de la de los demás menores.

Confirman el principio de que el matrimonio del menor no extingue la tutela, las Resoluciones de 14 de Diciembre de 1896 y 21 de Diciembre de 1898.

Respecto de los expósitos, véase nuestro comentario al artículo 212.

CAPÍTULO X

De las cuentas de la tutela.

Varias é importantes novedades introduce el Código en este capítulo, completando y ampliando así las escasas disposiciones que sobre la materia contenía la ley de Enjuiciamiento civil.

La rendición de cuentas es una consecuencia natural de la gestión administrativa del tutor, y por esto la han exigido siempre y en todos países las leyes. La diferencia entre las varias legislaciones consiste en los diversos tiempos ó plazos en que las cuentas deben ser explicadas y la formalidad de esta explicación. Nuestro Código es, en ambos puntos, mucho más completo y rigorista que el antiguo derecho y que la mayoría de los Códigos extranjeros. Establece tres especies de cuentas: las propiamente *finales*, de la tutela, que deben rendirse al concluir este período por cualquiera de las causas que enumera el artículo 278; las *generales*, á que vienen obligados todos los tutores que cesen en el desempeño de su cargo antes de terminar la tutela; y las *anuales*, de que habla el art. 279. Constituyen éstas la mayor novedad del Código, porque si bien la ley de Enjuiciamiento civil (art. 1876) reconocía su posibilidad, dejábala al arbitrio del juez, mientras aquél las hace obligatorias siempre. De las legislaciones extranjeras, el Código italiano (art. 303) y el de Uruguay (367) disponen que el tutor presente todos los años un *estado* simple «y sin ninguna formalidad judicial» (Cód. italiano); el de Alemania establece la cuenta anual, si bien en el caso de que la administración fuere poco extensa, permite al Tribunal de tutelas, después de rendida la cuenta del primer año, ordenar que la rendición de las sucesivas se efectúe con mayores

intervalos, no excediendo de tres años; y el de Suiza prescribe la presentación de cuentas en las épocas fijadas por la autoridad, y siempre, á lo menos, de dos en dos años. Los demás no piden cuentas anuales, sino sólo la diaria que para sí debe llevar el tutor, y las generales que ha de presentar al concluir sus funciones.—Nuestro Código exige que las cuentas se den siempre con la debida formalidad y acompañando los documentos justificativos.

También varía, como consecuencia de la doctrina general sobre el organismo de la tutela, la persona que ha de censurar las cuentas. Según la ley de Enjuiciamiento civil, era el Ministerio fiscal, cuya aprobación se hacía siempre bajo la forma de *sin perjuicio*, es decir, dejando á salvo las acciones y recursos que pudieran, en su día, competir al menor.—Según el Código, es el consejo de familia, y con él á veces, el protutor, quienes censuran las cuentas. En las *finales* intervienen también el menor ó incapaciado, ó los derechohabientes de uno ú otro, quedándoles siempre á salvo las acciones de cuyo plazo habla el artículo 287, y la libertad de celebrar convenios con el tutor pasado cierto tiempo (art. 285).

Tales son las líneas generales de la doctrina cuyos artículos pasamos á examinar concretamente.

ARTÍCULO 279

El pariente colateral del menor ó incapacitado, y el extraño que no hubiesen obtenido el cargo de tutor con la asignación de frutos por alimentos, rendirán al consejo de familia cuentas anuales de su gestión.

Estas cuentas, examinadas por el protutor y censuradas por el consejo, serán depositadas en la Secretaría del Tribunal donde se hubiese registrado la tutela.

Si el tutor no se conformase con la resolución del consejo, podrá recurrir á los Tribunales, ante los cuales los intereses del menor ó incapacitado serán defendidos por el protutor.

Empieza el capítulo hablando de las cuentas *anuales*. El Código ha procedido con acierto haciéndolas obligatorias, porque, en realidad, son necesarias para la buena marcha de la tutela. «Esta diligencia—decía García Goyena apoyando el art. 257 del Proyecto de 1851 que, sin embargo, sólo exigía un *estado* del patrimonio—es una nueva salvaguardia de los intereses del menor, mal garantidos, por el derecho común con las cuentas definitivas, pues que en tan largo tiempo había facilidad para malbaratarlos.»

Como se ve en el artículo, no *todos* los tutores vienen obligados á rendir la cuenta anual. Exceptúanse unos por razones de confianza, cuales son el padre, la madre y los abuelos, en los casos que son llamados á la tutela de sus descendientes, por la misma razón que el art. 260 los exime de la obligación de afianzar; y otros, por las condiciones de la administración misma (frutos por alimentos) que se presta menos al fraude, y perteneciendo todos los frutos al tutor, no hay razón para la rendición de cuentas.

¿Cómo debe entenderse el cumplimiento de esta obligación? Veamos cada uno de sus elementos.

Con respecto al *tiempo*, el artículo dice cuentas *anuales*. ¿A qué año se refiere, al natural ó al que cumple contando desde que el tutor empezó á ejercer su cargo? El Proyecto de 1851 fijaba el mes de Enero como época para presentar el *estado* referido. Lo natural, pues el caso se refiere á la administración de la tutela, sería que se contase el año con relación al ejercicio de ella. Así debe tenerlo presente el consejo de familia, que es quien, en todo caso, habrá de fijar la época, puesto que el Código no lo hace. Adviértase, sin embargo, la interpretación que ofrece el art. 291.

Por lo que toca á la forma, tampoco dice nada el artículo. Ya hemos dicho que el Código italiano y el de Uruguay contienen indicaciones sobre la forma de presentar el *estado* que mencionan. A nuestro parecer, las cuentas anuales se habrán de rendir como las generales (art. 283), con sus documentos justi-

ficativos, porque si no, muy escaso valor tendrían. Los documentos quedan siempre guardados en la secretaría del tribunal donde se depositen las cuentas, y á ellos pueden luego referirse los tutores en las *generales*. También es posible y hacedero que el consejo se contente con la exhibición de aquéllos en el momento de ver las cuentas, reservando la formalidad de unirlos para el caso del art. 283. No hay, en efecto, inconveniente en que así se haga, puesto que quien ha de censurar las cuentas es el consejo, y la secretaría del Tribunal sirve sólo de depósito; entendiendo que éste se refiere á las mismas cuentas originales presentadas por el tutor y á cuyo pie conste haberse verificado el examen y la censura consiguiente. Esta última variará en la forma, según el concepto en que se formule; debiendo, naturalmente, toda negativa de aprobación ir fundamentada y razonada para ofrecer base á las indemnizaciones y, en su caso, al litigio que pudiera producirse.

Para entablar éste, lo mismo en el caso de que el tutor no se conforme con la resolución del consejo, que en el de exigírsele responsabilidades, no fija el Código plazo alguno. Respecto al primero, deberá regir el art. 310, tomándolo como regla general; y para el segundo, el 287. Téngase en cuenta, no obstante, para uno y otro, estas dos consideraciones: 1.°, que la gravedad del caso hará que ni el tutor ni el consejo demoren el debate legal de la cuestión y la exigencia de responsabilidades, teniendo además el consejo en su mano el recurso de acordar la remoción del tutor, si éste no explica bien las irregularidades de sus cuentas, puesto que tal informalidad entra sin duda, en el sentido del número 4.° del art. 238: 2.°; que si el tutor no usare por el pronto del recurso que le concede el párrafo tercero de este artículo, ni el consejo el de remoción é indemnización, como estas cuentas pueden volverse á ver cuando el tutor cese por cualquier motivo en su cargo ó termine la tutela misma, entonces procederán aún las respectivas acciones por la calificación ó indemnización, dentro de los cinco años que fija el art. 287.

Queda por decidir un caso extremo: si el tutor se niega á

rendir las cuentas anuales. La resolución es fácil. Puesto que se trata de una obligación legal, puede exigirse su cumplimiento ante los Tribunales, y así deberá hacerlo el protutor ó el consejo, pudiendo constituir el hecho causa de remoción. El procedimiento en todos estos casos habrá de ser el de los *incidentes*, conforme al art. 1873 de la ley de Enjuiciamiento civil.

ARTÍCULO 280

El tutor que sea reemplazado por otro estará obligado, y lo mismo sus herederos, á rendir cuenta general de la tutela al que le reemplace; cuya cuenta será examinada y censurada en la forma que previene el artículo precedente. El nuevo tutor será responsable al menor de los daños y perjuicios, si no pidiere y tomare las cuentas de su antecesor.

Trata el artículo presente de la segunda clase de cuentas que deben presentar los tutores, es decir, de las generales que proceden al abandonar su cargo el que lo estuviera ejerciendo. Usa el Código las palabras «reemplazado por otro», expresión que se refiere á todos los casos posibles: muerte, excusa ó remoción. El Proyecto de 1851 lo expresaba de otro modo: «El segundo tutor está obligado á pedir y tomar las cuentas á su antecesor en la tutela» (art. 259), y Goyena añadía: «el caso de este artículo puede ser frecuente por la muerte, separación ó excusa superveniente del tutor: *de cualquier modo que se acabe la tutela, han de darse las cuentas;* y en el caso del artículo no hay otro representante del menor que el nuevo tutor». A éste impone el Código, para hacer más eficaz la obligación, el deber de exigirla, y las responsabilidades consiguientes que se deberán extender al caso en que por demora se originen perjuicios al tutor.

En cuanto á la forma y á los recursos contra la censura, véase lo expuesto en el comentario al artículo precedente.

El art. 280, como afirma la sentencia del Tribunal Supremo

de 1.º de Octubre de 1897, está íntimamente relacionado con el 279; no quiere decir que en todo caso el tutor saliente ó sus herederos han de rendir cuentas al nuevo tutor, sino que debe sobreentenderse que dará esas cuentas cuando legalmente deba darlas en general. Si por voluntad del testador ó del consejo de familia se han señalado al tutor frutos por alimentos, no tiene que rendir cuentas anuales, según el art. 279, ni cabe que rinda cuentas generales en el caso del 280.

Tampoco cabe exigir rendición de cuentas al tutor por actos anteriores á la fecha del discernimiento del cargo ó toma de posesión, según declara la sentencia de 15 de Marzo de 1901, puesto que dicha fecha es la que determina el momento en que el tutor entra en la plenitud de sus funciones.

ARTÍCULO 281

Acabada la tutela, el tutor ó sus herederos están obligados á dar cuenta de su administración al que haya estado sometido á aquélla ó á sus representantes ó derecho habientes.

ARTÍCULO 282

Las cuentas generales de la tutela serán censuradas é informadas por el consejo de familia dentro de un plazo que no excederá de seis meses.

ARTÍCULO 283

Las cuentas deben ir acompañadas de sus documentos justificativos. Sólo podrá excusarse la justificación de los gastos menudos de que un diligente padre de familia no acostumbra á recoger recibos.

ARTÍCULO 284

Los gastos de la rendición de cuentas correrán á cargo del menor ó incapacitado.

I

Personas que intervienen en las cuentas de la tutela.

La interpretación y aplicación de estos cuatro artículos, en los cuales se exponen las reglas fundamentales de la rendición final de cuentas, promueven un cierto número de cuestiones, que vamos á examinar por su orden.

¿Se exceptúa algún tutor de esta obligación? Ya hemos visto que de la de rendir cuentas anuales se exceptúan algunos; pero aquella permisión de la ley se refiere estrictamente al caso del artículo 279, y no puede tener aplicación respecto de las cuentas finales. Donde la ley calla no debe suponerse vigente una excepción que redundaría en daño de tercero. Cabría preguntar por qué no subsiste la razón de parentesco y cariño que se tuvo en cuenta en el art. 279; pero, sin duda, los legisladores han creído que no podría excusar de la rendición general de cuentas, que es acto único y de transcendencia suma, puesto que cierra la tutela; considerando á la vez que si llegaran á promoverse cuestiones, éstas se seguirían ya entre los que fueron menores ó incapacitados y sus parientes, sin la intervención de personas extrañas, cosa inevitable en el caso de las cuentas anuales, donde se quiere rehuir, al parecer, esta intervención, en obsequio á la condición de los tutores.

Algunos comentaristas han preguntado si debía exceptuarse al tutor que hubiese recibido frutos por alimentos, como lo hizo la sentencia de 7 de Abril de 1859 y sus análogas, puesto que aquel en quien recae esta condición hace suyos los frutos del caudal del menor, con obligación de costear sus alimentos y subvenir á los gastos de conservación de sus bienes; «de modo que, adquiriendo todas las rentas del capital del menor, convirtiéndolas en propias, es imposible la dación de cuentas, porque nadie puede rendirlas á sí propio». El argumento será exacto respecto de la inversión de las rentas; pero como los actos de administración comprenden algo más, como es posible que el tutor haya

enajenado bienes, etc., tocante á todos estos particulares parecen necesarias las cuentas en su caso. Al final de este comentario expondremos la jurisprudencia contraria que ha prevalecido acerca de esta cuestión.

En cuanto á la excepción ó dispensa hecha por una tercera persona, incluso el menor ó incapacitado mismo, con igual razón ha de creerse que es imposible. Legalmente sería nula; pues tendería á evitar una obligación de derecho positivo, para lo cual no está autorizado nadie, incluso el propio interesado (V. artículos 4.° y 1255 del Código); y la razón natural rechaza también esta evasiva, porque, como observaba muy bien García Goyena, «la dispensa invitaría á delinquir, y sería, por tanto, contra las buenas costumbres.» Por eso han creído necesario prohibirla expresamente los Códigos francés, de Luisiana, de Italia, de Méjico, etc., y el art. 255 de nuestro Proyecto de 1851.

La obligación del tutor pasa á los herederos; debiendo tenerse en cuenta, por lo que á éstos se refiere, los arts. 661 y 989 del Código en que se habla de la aceptación de herencia y sus efectos; así como el 1003 y el 1023, relativos á los diferentes modos de aceptarla y sus consecuencias respectivas.

Por lo que toca á las personas que examinan y censuran las cuentas, hay una diferencia grande entre este caso, en que se trata de las cuentas finales, y el del art. 279, que se refiere á las anuales, análogo al 280. En estos dos últimos, son el protutor y el consejo quienes examinan y censuran: cosa perfectamente natural, puesto que el menor ó el incapacitado no tienen personalidad propia y sus naturales representantes son aquéllos. En el caso de las cuentas finales, no sucede lo mismo: la persona sujeta á tutela es ya capaz (1), ó bien lo son sus herederos, y pueden, por tanto, una ú otros, recibir y examinar las cuentas. Además, en rigor, han cesado ya en sus cargos y funciones el protutor y el consejo de familia.

---

(1) Exceptúase la terminación de la tutela por adopción, para el cual están las palabras «ó sus representantes» (el padre adoptante) del art. 281.

El Código, siguiendo la tradición de todo nuestro derecho patrio, reconoce esta personalidad al que fué menor ó incapacitado. Así lo decía el Fuero Juzgo (ley 4.ª, tít. 4.º, libro 3.º): «E quando fuer en tal edad que deue aver sus cosas en poder, estonce el defendedor antel Obispo, ó antel Juez, *de razón de todas sus cosas al huérfano...*»; y lo mismo repitieron el Fuero Real y las leyes de Partida, y por fin el Proyecto de 1851.

No obstante, el Código añade en el art. 282 que las cuentas «serán censuradas é informadas por el consejo de familia». ¿Qué quiere decir esto? ¿Habrá dos entidades para examinar las cuentas? Leyendo atentamente los dos artículos 281 y 282, resulta de su tenor literal que las cuentas habrán de *darse*, es decir, ser presentadas, al que haya estado sometido á tutela ó á sus herederos, y que *además*, el consejo de familia las *censurará* é *informará* sobre ellas. Parece, por tanto, que las personas enumeradas en el art. 281 no pueden *censurar* ni *informar* las cuentas, ó al menos, que no bastará que lo hagan. El Código acentúa aquí su afán de garantías para el pupilo, y su solicitud por la intervención del consejo en todos los asuntos de tutela. ¿Qué razón puede haber para ello? Indudablemente estas dos: la mayor competencia del consejo para censurar las cuentas, puesto que le es bien conocida toda la marcha de la tutela, cosa que por lo general no ocurrirá á la persona que estuvo sujeta á ella ni á sus derechohabientes; y la debilidad que esta misma ignorancia, las circunstancias y la edad, pueden producir en el que hasta poco antes fué menor ó incapacitado, enfrente de los posibles engaños del tutor. Por eso el Código italiano advierte (art. 307) que el tutor no queda libre de responsabilidad aunque haya presentado sus cuentas al pupilo, que cesó de serlo por mayor de edad, «si en el examen de ellas no interviene también *el protutor*, ó, en su defecto, una persona nombrada por el pretor»; y el portugués (artículo 257) pide en el mismo caso, y en el de emancipación, que las cuentas se den con asistencia del curador ó protutor. En virtud de este razonamiento, resulta que las disposiciones combinadas de los arts. 281 y 282 tienen el sentido (análogo al del

307 italiano) de que no basta la presentación de cuentas á las personas que cita el primero, sino que para considerar perfecta la operación, se requiere la censura é informe que indica el segundo artículo. De este modo quedan mejor garantidos los intereses del que estuvo sujeto á tutela.

Más allá va todavía el Código suizo, según el cual la cuenta final es examinada y aprobada por las autoridades de tutela del mismo modo que las cuentas periódicas, dirigiendo mera comunicación de la misma al pupilo ó sus herederos (arts. 452 y 453).

Ya hemos visto que en algunos casos estará reemplazada la persona que estuvo sujeta á tutela por sus *representantes* ó *derechohabientes*; sucederá lo primero, en el caso de adopción; lo segundo en el de muerte del pupilo ó del incapacitado, puesto que este hecho termina *naturalmente* la tutela.

Tocante al emancipado por matrimonio, mayor de diez y ocho años, y al habilitado de edad, respecto de los cuales se han suscitado dudas, debe advertirse lo siguiente: que uno y otro adquieren por el respectivo hecho la propia administración de sus bienes, excepto para algunos pocos actos (préstamos, gravámenes, ventas de inmuebles), para los cuales necesitan el *consentimiento* del tutor, pero sin que éste realice por ellos el hecho, como sucede con los demás menores. El tutor, por tanto, no administra en estos casos, y no tiene para qué dar cuentas; pero si antes de ocurrir el matrimonio ó la habilitación tuvo en su guarda á los menores, entonces es á estos mismos á quienes ha de rendir cuentas, pues que se les considera como *mayores de edad* (arts. 315 y 324, referido al 317, y sentencia de 19 de Noviembre de 1874, especial para el caso). Lo que no podrían hacer por sí, si el tutor se negara á dar las cuentas, es comparecer en juicio para obligarle; pero entonces es deber del protutor hacerlo en nombre suyo (núm. 2.º del art. 236).

II

Examen y censura de las cuentas de la tutela.

Otro punto de importancia en la dación de cuentas es determinar el alcance que tiene la intervención del consejo de familia. El art. 282 dice que deberá *censurar* é *informar* las cuentas: ¿qué valor tienen estas expresiones? La pregunta no es ociosa desde el momento que se han promovido fuertes dudas, opinando algunos que no se sabe quién aprueba ó rechaza las cuentas, puesto que «el examen, el informe ó la censura no son propiamente actos de aprobación ó no aprobación». En segundo lugar, se pregunta también qué fuerza tendrá la censura del consejo si implicase aprobación respecto del menor ó incapacitado; es decir, si á pesar de ella pueden éstos usar de las acciones á que se refiere el art. 287.

Ambas cuestiones son de carácter general, aplicándose á las distintas clases de cuentas que deben dar los tutores, puesto que en todas, lo mismo las *finales* que las *anuales* (art. 279) y las *generales* (280) el consejo censura.

La primera tiene dos puntos de vista: uno es la significación, especialmente de la palabra *censurar*; el otro es el pensamiento que ha inspirado á los redactores del Código. En cuanto á la palabra, tiene todo el alcance que es preciso, é implica la reprobación tanto como la aprobación, puesto que *censura*, según el *Diccionario de la Lengua*, es «dictamen y juicio que se hace de una obra ó escrito», y *censurar* «formar juicio de alguna obra ó cosa». En esta acepción encierra la palabra los dos resultados de todo juicio, que son *aprobar* ó *rechazar*, diferenciándose de otra acepción en la que significa tan sólo «corregir, reprobar, notar por mala una cosa». El consejo de familia tiene, pues, forzosamente que dar en su *censura* su *juicio* de las cuentas, y, por tanto, decir si son exactas ó no, admisibles ó rechazables; y esto es bien claro en los mismos artículos del Código, pues siempre

distinguen las dos operaciones de *examen* (que no implica juicio) y *censura*.

Si el consejo, por tanto, juzgara inexactas ó reprobables las cuentas, ¿qué sucederá? En el caso de las cuentas anuales, una de dos: ó el tutor reconoce su error, ó lo que fuere motivo de la imperfección de las cuentas, y se allana á corregirlas y á indemnizar, en su caso, ó no acepta la calificación y recurre á los tribunales (párrafo tercero del art. 279). Siempre, y mucho más si el tutor, sin enmendar las cuentas, no recurre tampoco, es deber del protutor y del consejo promover, si lo creen procedente, la remoción, y ejercitar todas las responsabilidades que quepan en beneficio del menor. Lo mismo ocurrirá en el caso del artículo 280. En el de las cuentas finales, el propio Código dice que el consejo, sin perjuicio de los arreglos que puedan hacer los interesados, «deberá denunciar á los tribunales cualesquiera delitos que se hubiesen cometido por el tutor en el ejercicio de la tutela» (art. 285). Además, habiendo concluído ésta y siendo ya capaces los que antes fueron menores ó incapacitados, pueden usar todas las acciones civiles á que se refiere el 287 y las criminales que crean procedentes; y ellos, en rigor, son los que deben hacerlo, puesto que el protutor y el consejo cesan en sus cargos y funciones, pudiendo también dirigirse contra éstos si tuvieron alguna connivencia con el tutor.

En la hipótesis contraria, es decir, que el consejo juzgara bien, ó sea, que aprobase las cuentas, nunca debe entenderse que esto es en perjuicio de las acciones que terminada la tutela corresponden al pupilo, pues de otro modo, éste quedaría inerme ante las confabulaciones del tutor y el consejo, ó los engaños con que aquél hubiese logrado la aprobación de éste. De la misma manera debe entenderse que si los tribunales intervienen en el caso del art. 279 y sentencian aprobando, esta aprobación debe darse, según la práctica de siempre, *sin perjuicio*, para no entorpecer la acción del pupilo, acabada la tutela.

III

Otras cuestiones.

Quedan sólo por examinar algunas de menor importancia.

¿Desde cuándo se ha de contar el plazo de seis meses de que habla el art. 282? Aunque el Código no lo dice, indudablemente es desde el momento en que el tutor haya presentado sus cuentas, pues sin presentarlas no se pueden examinar ni censurar. Pero el Código olvida fijar un plazo dentro del cual sea forzoso al tutor hacer la presentación en los términos del art. 281. El Proyecto de 1851 señaló el de dos meses, contados desde el día en que acabe la tutela, prorrogables á cuatro «si la naturaleza especial de los bienes de la tutela así lo exigiese». Cosa análoga dicen los Códigos mejicano y de Guatemala. En el nuestro queda encomendado á la diligencia de los interesados, que ya procurarán que se realice pronto la obligación del tutor.

En cuanto al lugar en que han de rendirse las cuentas, creemos aplicable la regla 19 del art. 63 de la ley de Enjuiacimiento civil. Lo mismo disponía en su primera parte el art. 262 del Proyecto de 1851, añadiendo García Goyena que «la rendición de cuentas en el lugar de la administración es útil al menor, porque con mayor facilidad y menos coste pueden procurarse allí los instrumentos y comprobantes de las cuentas». Los gastos se entiende que son, *estrictamente*, como declara el art. 284, aquellos que produzca la *rendición* de cuentas; pero no los que se originen por las cuestiones litigiosas que pueden seguirse. En ellas, cada parte pagará lo suyo. Respecto de los documentos justificativos, véase lo dicho en el comentario al art. 279.

Últimamente, hay que preguntar si alguna vez estarán obligados á rendir cuentas el protutor y el consejo. Nada dice el Código, y por tanto, la cuestión puede *legalmente* ser dudosa. Pero en buena doctrina no puede serlo, desde el momento en que administren, en sustitución del tutor, los bienes del que está sujeto á tutela, como pondrán hacerlo en los casos de los arts. 256

y 243. Lo mismo decimos del sustituto á que se refiere el artículo 250; pero según sean unos ú otros, así variará la persona y ocasión en que deban rendir cuentas.

Jurisprudencia.—Ya en el comentario del art. 280, expusimos la doctrina de la sentencia de 1.º de Octubre de 1897, que, á partir de la última edición de este tomo, se ha hecho extensiva también á las cuentas generales de la tutela, que deben darse al terminar ésta, con arreglo á los arts. 281 al 284.

La sentencia de 28 de Octubre de 1904, contiene las declaraciones siguientes: El tutor nombrado bajo la base de frutos por alimentos, no está obligado en caso alguno á rendir cuentas. No debe, sin embargo, confundirse esta obligación con el derecho que tienen, el menor cuando llega á la mayor edad, ó el incapacitado cuando desaparece la incapacidad, de exigir del tutor, por acción distinta, reparación de toda clase de perjuicios que hayan podido irrogarles durante la gestión tutelar, sea por defraudaciones, malversaciones, retraso en la entrega de bienes, incompleta entrega de los mismos, negligencia, ú otra causa análoga, dado el distinto fin y alcance de una y otra clase de acción.

En otra sentencia de 14 de Noviembre de 1904, se declara que el precepto del art. 279, y lo mismo debe entenderse respecto de los de los artículos que comentamos, no obsta para que el tutor relevado de la dación de cuentas, pueda dar las que estime convenientes al ejercicio de algún derecho que le interese.

Nombrado un tutor bajo la base de frutos por alimentos, transcurrió la tutela, sin que tuviese al pupilo en su compañía, ni le alimentase, pero percibiendo los frutos y rentas, por lo cual al terminar la tutela, fué demandado el tutor para que rindiendo cuentas, entregase lo que por capital é intereses correspondiese al pupilo, con deducción de la recompensa que correspondiera al demandado, y de las cantidades que hubiera invertido legalmente. El Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de Noviembre de 1905, repite la doctrina de que el tutor nombrado con frutos por alimentos no se halla obligado á rendir cuentas anuales ni generales, de acuerdo con el espíritu que informa los arts. 279, 280 y 281 por la

íntima relación que guardan entre sí, pero que, no obstante, puede exigirse á ese tutor reparación de los perjuicios que se hubiesen ocasionado al pupilo, añadiendo después: «La asignación de frutos por alimentos, ya se haga en testamento, ya por el consejo de familia, no constituye al tutor en dueño incondicional de los frutos y rentas de los bienes de su pupilo, sino que implica la obligación correlativa con aquel derecho, no sólo de administrar los bienes del menor incapacitado, sino también de suministrarle alimentos, vestido y educación con arreglo á su clase y circunstancias, de tal modo que el incumplimiento de estos deberes, priva necesariamente al tutor del derecho de hacer suyos los frutos y productos del caudal del menor, porque así se desprende del sentido recto y gramatical de la locución «frutos por alimentos», y porque la interpretación contraria constituiría un beneficio notorio para el tutor, con daño de los intereses del pupilo, lo cual se opone á los principios fundamentales de la institución tutelar.»

Rendidas unas cuentas al ya mayor de edad, y aprobadas por éste, el tutor no puede exigirlas de nuevo, sino que, aceptando su resultado y bajo su base, puede y debe rendir las suyas. Así se declara en sentencia de 8 de Junio de 1904. Los preceptos de los arts. 281 al 283, dice esta sentencia, y las obligaciones á que los mismos se refieren no se oponen á que el menor, llegado á la mayor edad, proceda, en lo que afecte á sus intereses, con plenitud de capacidad, en tanto en cuanto los derechos del tutor no sean perjudicados por los actos de aquél, actos que, dada su validez, y en tales condiciones realizados, no sólo no obstan, sino que pueden servir de base para que el tutor cumpla las obligaciones que le imponen los referidos preceptos.

ARTÍCULO 285

Hasta pasados quince días después de la rendición de cuentas justificadas no podrán los causa habientes del menor, ó éste, si ya fuere mayor, celebrar con el

tutor convenio alguno que se relacione con la gestión de la tutela.

El consejo de familia, sin perjuicio de los arreglos que pasado ese plazo puedan hacer los interesados, deberá denunciar á los Tribunales cualesquiera delitos que se hubiesen cometido por el tutor en el ejercicio de la tutela.

Después de lo explicado en los artículos anteriores, poco queda que decir en el presente.

Su párrafo primero no hace más que sancionar un principio de derecho, generalmente recibido, por el cual se consideran nulos todos los contratos que los pupilos celebren respecto de sus bienes, con los tutores, durante la tutela. Esta prevención se lleva más allá, hasta quince días después de rendidas las cuentas para evitar todo fraude, que es la razón que asiste también en el primer caso. En cuanto al plazo, es arbitrario. Los Códigos francés, italiano y otros permiten contratar en seguida de presentadas las cuentas; en cambio, el de Méjico no lo autoriza hasta un mes después. Los contratos que se hicieren contraviniendo este artículo se considerarán nulos, y Goyena opina que no podrá acusar esta nulidad el tutor, si el convenio favoreció al pupilo.

Los términos del párrafo segundo dicen bien claramente que los delitos allí referidos son los que proceden de la administración de los bienes del menor y fueren notados en el examen de las cuentas. Esto no obsta, naturalmente, á que sea también deber del consejo denunciar todos los demás delitos que cometiere el tutor contra el pupilo (matrimonio indebido, corrupción, etc.), y lo mismo los que afecten á la propiedad, en cuanto lleguen á su conocimiento, aunque no se trate de la terminación de la tutela. Lo mismo, en punto á estos últimos, procede, según hemos visto, en el caso de cuentas anuales y generales. Es, en todos casos, un deber elemental del conssejo de familia, y también del protutor.

Debe, en fin, ntenderse que ambos párrafos son aplicables,

tanto á la tutela del menor como á la del incapacitado; porque la razón es la misma.

ARTÍCULO 286

El saldo que de las cuentas generales resultare á favor ó en contra del tutor producirá interés legal.

En el primer caso, desde que el menor sea requerido para el pago, previa entrega de sus bienes.

En el segundo, desde la rendición de cuentas si hubiesen sido dadas dentro del término legal, y, si no, desde que éste expire.

La disposición de este artículo responde al principio de notoria justicia, consignado en el 1101, de que quedan sujetos á la indemnización de daños y perjuicios los morosos en el cumplimiento de sus obligaciones, consistiendo esa indemnización, según el 1108, cuando la deuda sea de una cantidad de dinero, en el pago del interés legal del 6 por 100 al año, no habiendo pacto en contrario. Y también se ajusta á lo establecido como regla general en el art. 1100, en el que se determina desde cuándo se constituye en mora el deudor para dicho efecto. Consultando estos artículos, se comprende el objeto y alcance del que estamos comentando.

Ya hemos visto (arts. 280 y 281) que todo tutor está obligado á rendir la cuenta general de su administración al cesar en el cargo, y que si él hubiese fallecido han de darla sus herederos. Lo ordinario será que de esa cuenta resulte algún saldo, que deba abonarse en metálico, á favor ó en contra del tutor, y ese saldo devengará el interés legal desde el momento en que el deudor se constituya en mora. El presente artículo define con precisión el momento y los efectos de la morosidad en los dos casos que pueden occurrir.

Si el saldo es á favor del tutor, debe pagarlo el que estuvo sujeto á la tutela, ó su nuevo tutor, si continúa en ella, ó su legítimo representante, luego que sean aprobadas las cuentas, pues sin este requisito no existe cantidad líquida exigible. Si no

paga, incurrirá en morosidad y deberá abonar el interés legal desde el momento en que sea requerido para el pago judicial ó extrajudicialmente (art. 1100); pero es preciso también que el tutor ó sus herederos hayan cumplido por su parte la obligación que tienen de entregar á quien corresponda todos los bienes del que estuvo sujeto á la tutela, conforme al principio consignado en dicho art. 1100, de que en las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple lo que le incumbe.

Y cuando resulte el saldo en contra del tutor, éste ó sus herederos se constituyen en mora y deben pagar el interés legal desde el día en que rindan las cuentas, ó desde que expire el término para darlas, sin esperar á la aprobación de las mismas, porque el tutor se reconoce deudor de ese saldo y debe entregarlo ó consignarlo al presentar aquéllas; si así no lo verifica, se utiliza á sabiendas de un dinero que no le pertenece, y justo es que abone el interés legal. Esto sin perjuicio de lo que dispone el art. 273 para el caso de que ese saldo hubiere quedado improductivo ó sin empleo por omisión ó negligencia del tutor, pues entonces respondería de los intereses legales desde que recibió el dinero.

Dice el artículo que el tutor debe en dicho caso el interés legal, «desde la rendición de cuentas *si hubiesen sido dadas dentro del término legal*, y si no, desde que éste expire». Ya hemos notado, al comentar el art. 281, que en el Código no se ha fijado ese término, acaso por creerlo de la competencia de la ley de procedimientos; y mientras no lo fije la ley, habrá de estarse al que señale el consejo de familia, si el tutor se conforma con él, y en otro caso, al que conceda el juez para rendir las cuentas. Si resultare la mala fe del tutor en dilatar la rendición de cuentas para eludir el pago de intereses, podría aplicársele la responsabilidad que determina el art. 1101. Su deber es darlas *acabada la tutela*, y si por dolo ó negligencia dilata el cumplimiento de esta obligación, queda sujeto á la indemnización de daños y perjuicios.

Advertiremos, por último, que aunque este artículo sólo hace mención del *menor*, su disposición es aplicable á todos los sujetos á tutela, como ya se ha dicho de otros que se hallan en el mismo caso, y ha de entenderse también del que subsigue.

ARTÍCULO 287

Las acciones que recíprocamente asistan al tutor y al menor por razón del ejercicio de la tutela, se extinguen á los cinco años de concluída ésta.

Análogas advertencias que en el artículo anterior hemos de hacer en éste. Aunque nombra sólo al «menor», hay que entender, en buena y lógica doctrina, que se refiere á la persona que haya estado sometida á tutela, sea menor ó incapacitado, y á sus representantes ó derechohabientes, como también en su caso á los que lo sean del tutor.

El plazo de cinco años que se fija aquí para el ejercicio de las acciones, ha venido á sustituir, en parte, al cuadrienio legal ó beneficio de restitución *in integrum* que la ley de Partidas (8.ª, título 19, Partida 6.ª) tomó del derecho romano. En cuanto á las acciones mismas que nacen del ejercicio de la tutela, pueden ser varias y consideramos ociosa su enumeración. La acción *de tutela*, la de *distrahendis rationibus* y otras del antiguo derecho, están representadas por la de rendición de cuentas, la de entrega de los bienes y del saldo, la de responsabilidad civil por los delitos del tutor como tal, la de indemnización, etc. Todas estas acciones y las demás que el menor ó incapacitado haya de entablar contra su tutor, ó éste contra aquél, están sujetas á la prescripción de los cinco años que se establece en el presente artículo, siempre que nazcan del ejercicio de la tutela.

De aquí se deduce que las acciones, que no tengan este origen, no están sujetas á dicha prescripción. Así, por ejemplo, si el tutor como particular posee bienes á los que se cree con derecho el que estuvo sujeto á su tutela, ó al contrario, la prescripción de la acción reivindicatoria para reclamar esos bienes se

regirá por el art. 1963, que la fija en treinta años, porque tal acción no se relaciona con el ejercicio de la tutela. Pero si el tutor se apoderó de esos bienes como tal tutor y en representación del menor, á quien no los entregó al acabarse la tutela, la acción que éste tiene para reclamarlos está sujeta á la prescripción de los cinco años, porque nace de un acto ejecutado por aquél en el ejercicio de su cargo.

El adverbio *recíprocamente* empleado en el artículo da á entender que su disposición es aplicable tan sólo á las acciones que el tutor ó sus causahabientes puedan ejercitar contra el que estuvo sujeto á su tutela ó los suyos, y no á los casos en que la acción haya de dirigirse contra un tercero, aunque nazca de actos ejecutados por el tutor como tal tutor. La prescripción de estas acciones se regirá por las reglas generales, ó por las especiales del caso. Si el menor, por ejemplo, tiene que pedir la rescisión de un contrato, de los que puede celebrar el tutor sin autorización del consejo de familia, por haber sufrido lesión en más de la cuarta parte (caso 1.º del art. 1291) tendrá que entablar su acción contra el que contrató con el tutor dentro de los cuatro años que fija el art. 1209; y si la acción fuese de nulidad, para dejar sin efecto un contrato, de los que no puede celebrar el tutor sin dicha autorización que no se cuidó de obtener, entonces la acción, como personal, prescribirá á los quince años fijados en el art. 1964.

Téngase también presente que la prescripción de los cinco años no es tampoco aplicable á las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones declaradas por sentencia firme ó por reconocimiento expreso del mismo deudor, porque en estos casos la acción no nace del ejercicio de la tutela, sino de la ejecutoria ú obligación posterior. Si el menor, después de haber salido de la tutela, demanda á su tutor dentro de los cinco años para que le rinda cuentas, ó le entregue bienes que detente, ó para que le indemnice de daños y perjuicios, y es vencido el tutor en el pleito, el ejercicio de la acción para el cumplimiento de la ejecutoria estará subordinado á la prescripción estableci-

da en los arts. 1962, 1963 y 1964, según los casos, contándose el término desde que la sentencia quedó firme, como se previene en el 1971; y lo mismo habrá de entenderse cuando el tutor, después de fenecida la tutela, reconozca la obligación de entregar alguna cosa ó cantidad al menor ó incapacitado que estuvo sujeto á ella. Lo que la ley prohibe es que por razón del ejercicio de la tutela se promuevan pleitos entre el tutor y el menor ó incapacitado después de transcurridos cinco años; pero no prohibe, ni podía prohibir sin notoria injusticia, que transcurrido ese plazo se exija el cumplimiento de obligaciones contraídas con posterioridad ó declaradas por sentencia firme.

Creemos suficientes estas explicaciones para aplicar con rectitud y acierto el artículo 287 á todos los casos que puedan ocurrir.

Transcurrido con exceso el término marcado en el art. 287, las reclamaciones judiciales ó extrajudiciales posteriores, no pueden ya interrumpir una prescripción consumada (sentencia de 5 de Noviembre de 1903).

CAPITULO XI

Del registro de las tutelas.

No es el registro de tutelas una institución completamente desconocida en nuestro derecho anterior al Código actual. En la ley de Enjuiciamiento civil de 1855 figuraba ya con el carácter de necesario (art. 1271), y de aquí pasó á la vigente en los siguientes términos (art. 1875): «En los Juzgados de primera instancia habrá un registro, en que se pondrá *testimonio* de todos los discernimientos que se hicieren del cargo de tutor ó de curador». Semejante disposición guardaba consonancia con el organismo anterior de la guarda legal de menores é incapacitados; y realmente era una formalidad necesaria, dada la intervención del juez en la constitución y ejercicio de aquélla.

Merced á la importante modificación que el Código introduce, el registro de tutelas tiene ahora otra y más alta representación.

En primer lugar, obedece á las mismas razones y tiene iguales utilidades que todo registro, por lo que toca á la fijeza y formalidad de las relaciones de derecho á que se refiere. En segundo lugar, representa la única intervención que el Código permite á la casi absoluta independencia y autónomo poder del consejo de familia; pues correspondiendo á éste el nombramiento en muchos casos, y en otros el reconocimiento y aprobación de los tutores, con la intervención de todos los actos de tutela, el único lazo que á ésta une con la autoridad judicial es el registro en virtud de cuyos resultados podrá y deberá el juez—según el artículo 292—acudir en defensa de los intereses del menor ó incapacitado cuando fuere necesario. Y he aquí cómo las críticas

de los que temen arbitrariedades ó descuidos del consejo de familia, merced á la libertad de que éste goza, quedan atenuadas en gran parte.

La importancia que así adquiere el registro de tutelas no está, sin embargo, desarrollada en los artículos del presente capítulo. Aquí no se hace más que establecer el principio, ó las bases para dicho registro, dejando para la ley procesal ó para un reglamento el ordenar la forma y demás requisitos con que haya de llevarse, como se hace también respecto del registro civil y del de la propiedad. No son más explícitos que el nuestro, los pocos Códigos extranjeros que establecen el registro de las tutelas, como puede verse en los de Italia, Portugal y Méjico.

La necesidad del reglamento se impone principalmente para que haya uniformidad en todos los registros. Mientras tanto se llenará el importante objeto de la ley cumpliendo lo que se dispone en los artículos que vamos á examinar.

ARTÍCULO 288

En los Juzgados de primera instancia habrá uno ó varios libros donde se tome razón de las tutelas constituídas durante el año en el respectivo territorio.

ARTÍCULO 289

Estos libros estarán bajo el cuidado de un Secretario judicial, el cual hará los asientos gratuitamente.

El primero de estos artículos confirma el 1875 de la ley de Enjuiciamiento civil copiado anteriormente. Cotejando uno y otro artículo, se nota la diferencia de que en el de la ley se dice que en el registro «se pondrá testimonio de todos los discernimientos que se hicieren del cargo de tutor», y en el del Código que «se tome razón de las tutelas constituídas durante el año». Pero esta diferencia es más aparente que real; pues ambos artículos vienen á disponer una misma cosa.

Ya hemos dicho en el comentario al art. 261 (págs. 332 y si-

guientes de este tomo) que, en nuestra opinión, ahora lo mismo que antes, debe hacerse el discernimiento del cargo de tutor por el juez de primera instancia, para lo cual, después de haber llenado ante el consejo de familia los requisitos exigidos por la ley, allí indicados, debe el tutor acudir á dicho juez solicitando que le discierna el cargo y mande inscribirlo en el registro de tutelas. Con el auto de discernimiento queda *constituida* la tutela y en condiciones el tutor para que el consejo le ponga en posesión del cargo, conforme á dicho art. 261, y como á este acto ha de preceder la inscripción en el registro según el 205, que habrá de acordarse en dicho auto, resulta que son iguales en el fondo ambas disposiciones.

Se previene ahora que el registro se lleve en *uno ó varios libros*, para que no se entienda que ha de ser en un solo libro, lo cual podría ser embarazoso. En cada juzgado se hará lo que el juez estime más conveniente para facilitar el objeto de la ley. En unos bastará un solo libro para las tutelas de cada año, y en otros convendrá llevar por separado el registro de las poblaciones de importancia que tenga el partido judicial. Sean uno ó varios los libros, han de limitarse á las tutelas que se constituyan en cada año natural, puesto que no se previene que sea el judicial.

Debiendo hacerse *gratuitamente* los asientos de ese registro, como se ordena en el art. 289, en consideración sin duda al deber que tiene el Estado de amparar á los desvalidos, por la misma razón debieran llevarse los libros en papel del sello de oficio; pues siendo una carga que se impone á un funcionario público sin ninguna retribución, no es justo gravarle con el gasto de los libros, cuyo gravamen tampoco se impone á los interesados. Sin embargo, es probable que mientras no se haga una declaración expresa sobre este punto, la Hacienda exija que se lleven en papel timbrado de dos pesetas, como diligencias emanadas de un acto de jurisdicción voluntaria. El Código de Italia, á la vez que ordena en su art. 349 que se hagan las inscripciones gratuitamente, previene que se lleven esos registros en papel simple.

Esa exención de derechos está limitada á los asientos del registro, y no comprende, por tanto, las actuaciones que á instancia del tutor se practiquen en el juzgado.

¿Comprenderá el registro *todas* las tutelas? Una sola excepción pensamos que ha de haber: las tutelas de los expósitos; pues siendo ya conocido y obligado el tutor de ellos, y bastando como registro el libro de entradas del establecimiento, carece de objeto la inscripción en el del juzgado. Estas tutelas se constituyen por sí, desde el momento en que el niño entra en la casa. Lo mismo puede decirse de los huérfanos asilados en los establecimientos de beneficencia (arts. 212 y 303).

Los secretarios judiciales de que habla el art. 289 son, sin duda, los secretarios de gobierno de los juzgados, funcionarios que hasta ahora han llevado el registro de tutelas establecido en la ley de Enjuiciamiento civil, conforme al reglamento de los juzgados de primera instancia. Así lo preceptúa el art. 26, número 5.°, del Real decreto de 1.° de Junio de 1911.

Recuérdese, por último, que en el Registro civil deben figurar alguno de los particulares relativos á las tutelas, como dispone el art. 60 de la ley de 1870.

ARTÍCULO 290

El registro de cada tutela deberá contener:

1.° El nombre, apellido, edad y domicilio del menor ó incapaz, y la extensión y límite de la tutela, cuando haya sido judicialmente declarada la incapacidad.

2.° El nombre, apellido, profesión y domicilio del tutor y la expresión de si es testamentario, legítimo ó dativo.

3.° El día en que haya sido deferida la tutela y prestada la fianza exigida al tutor, expresando, en su caso, la clase de bienes en que la haya constituído.

4.° La pensión alimenticia que se haya asignado al menor ó incapaz, ó la declaración de que se han compensado frutos por alimentos.

ARTÍCULO 291

Al pie de cada inscripción se hará constar, al comenzar el año judicial, si el tutor ha rendido cuentas de su gestión, en el caso de que esté obligado á darlas.

Se determinan en estos artículos los datos que ha de contener la inscripción que de cada tutela debe hacerse en el registro, limitándolos á los indispensables para llenar el objeto con que éste ha sido establecido. Sólo exigía la ley de Enjuiciamiento civil en su art. 1875 que se pusiera testimonio del discernimiento; y como de él deben resultar casi todos los datos que ahora se exigen, podrá servir de base ó documento para la inscripción ese mismo testimonio, adicionándolo con la clase de bienes en que se haya constituído la fianza, en los casos en que no esté relevado de ella el tutor, y con la pensión alimenticia ó señalamiento de frutos por alimentos, cuando se hubiere resuelto sobre ello antes de hacerse la inscripción.

Los Códigos extranjeros que establecen el registro de tutelas exigen los mismos datos que el nuestro, con algunas adiciones. El de Italia ordena en sus arts. 345 y 348, que se anoten también el nombre y apellido, condición y domicilio del protutor y de los vocales del consejo de familia ó de tutela; la fecha del inventario, y la de las reuniones del consejo y el objeto de las deliberaciones tomadas. El de Portugal, después de prevenir en su art. 301 que las páginas del libro registro se dividan en columnas y en casillas, entre los datos que en ellas han de anotarse, incluye, además de los de nuestro Código, la importancia del caudal del menor ó incapacitado en bienes muebles ó inmuebles; las fechas en que se principie y se concluya el inventario; las en que principie y concluya la gestión del tutor, y la de las cuentas, con expresión de si hubo alcance y su entidad. Y el de Méjico, que limita el registro á las tutelas de los incapacitados, en su art. 107 exige sustancialmente lo mismo que el nuestro, con más el nombre de las personas que hubieren tenido

al incapacitado en su patria potestad antes del discernimiento de la tutela. No diremos que no sean útiles algunas de esas noticias, pero creemos suficientes las que se exigen en los artículos de este comentario para el objeto y fin del registro, que, según el art. 292, no es otro que defender los intereses de las personas sujetas á tutela, poniéndolos bajo la inspección y vigilancia de la autoridad judicial, por si hay omisión voluntaria ó negligencia de parte del protutor ó del consejo de familia en denunciar y corregir los abusos del tutor.

Lo que no se dice en los códigos extranjeros, ni en el nuestro, es si en el caso de ser dos ó más los menores ó incapacitados sujetos á un mismo tutor, sea testamentario, legítimo ó dativo, han de hacerse en el registro tantas inscripciones cuantos sean aquéllos, ó si bastará una sola para todos. Teniendo en consideración que cada uno de esos menores tendrá su patrimonio particular después de hechas las particiones, cuya administración deberá llevar por separado el tutor, porque no serán iguales los ingresos y los gastos, fuera del caso en que se hayan señalado frutos por alimentos, y que tendrá éste que rendir por separado la cuenta anual de cada uno de ellos, y la general según vayan saliendo de la tutela, lo natural y conveniente sería en tales casos que se hiciesen tantas inscripciones cuantos sean los sujetos á tutela, pero como no lo previene la ley, no se faltará á ella si se incluyen todos en una sola inscripción. Cuando el padre nombre un tutor para cada uno de sus hijos, como puede hacerlo según el art. 208, es indudable que han de hacerse tantas inscripciones cuantos sean los tutores, así como se hará nueva inscripción cuando un tutor sea reemplazado por otro. Es de esperar que estas dudas y las demás que puedan ocurrir en el desarrollo de estas disposiciones, sean resueltas en el reglamento ó en la reforma que se haga de la ley de Enjuiciamiento civil para ponerla en armonía con el Código.

En los artículos que estamos comentando se expresan con claridad los particulares ó datos que debe contener la inscripción en el registro de tutelas, y á ellos nos remitimos, li-

mitiéndonos á las observaciones necesarias para su mejor inteligencia.

Aunque en los números 1.° y 2.° del art. 290 se emplea en singular la palabra *apellido*, deberán expresarse los dos apellidos, tanto del menor ó incapacitado, como del tutor, si los tienen. Esto es lo corriente, y no puede ni debe entenderse de otro modo dicha disposición.

Según el núm. 1.°, sólo en el caso de que haya sido declarada judicialmente la incapacidad, deberá expresarse en la inscripción la extensión y límite de la tutela, porque sólo en este caso, cuando la incapacidad sea por sordomudez, prodigalidad ó interdicción, pueden imponerse límites á la tutela, conforme á los artículos 218, 221 y 229, y conviene que conste en el registro cuáles son las facultades del tutor para los efectos del artículo 292. En los demás casos tiene todas las que confiere la ley á los tutores, sin limitación alguna, y no hay necesidad de consignarlas.

Respecto del núm. 3.°, téngase presente, que no es la fecha del nombramiento del tutor la que ha de anotarse en el registro, porque esto á nada conduciría, sino la del día en que haya sido deferida la tutela. El verbo *deferir*, empleado en este y en otros artículos, significa, según el Diccionario de la Academia, «comunicar ó dar parte de la jurisdicción ó poder.» Por el *discernimiento* judicial, y por esto también hemos dicho que lo creemos necesario, el juez habilita al tutor para el ejercicio del cargo, confiriéndole el poder y facultades necesarias para representar al menor ó incapacitado, y para cuidar de su persona y bienes (artículo 1868 de la ley de Enjuiciamiento civil.) Este es, pues, el acto por el cual se *defiere* la tutela; y por consiguiente, á la fecha ó día de su otorgamiento se refiere el núm. 3.° del artículo 290 que estamos examinando. No puede referirse á la fecha del nombramiento, porque con él no se defiere ni queda constituída la tutela, ni tampoco á la de la posesión, porque á ésta ha de preceder la inscripción en el registro, según el artículo 205.

También ha de consignarse en él, según el mismo núm. 3.º, la fianza exigida al tutor, ó que está relevado de la obligación de prestarla, expresando en aquel caso la clase de bienes que la constituyen, si es hipotecaria, que ha sido inscrita en el Registro de la propiedad, si pignoraticia, los valores en que consista y el establecimiento público en que hayan sido depositados, y si personal, el nombre, apellidos y demás circunstancias del fiador, y la fecha y documento de su obligación. Cuando se aumente ó disminuya la fianza durante el ejercicio de la tutela (art. 259), habrá de hacerse constar en el registro por nota ó adición.

Y lo que se dispone en el núm. 4.º respecto de la pensión alimenticia ó declaración de que se han compensado frutos por alimentos, sólo podrá cumplirse cuando esas declaraciones hayan sido hechas con anterioridad á la inscripción. Si corresponde hacerlas al consejo de familia, como éste no debe verificarlo sino *en vista del inventario* (art. 268), y el tutor no está obligado á hacer el inventario hasta después de haber sido puesto en posesión del cargo (art. 264), á cuyo acto ha de preceder la inscripción en el registro de tutelas, resulta que en muchos casos no podrá llenarse aquel requisito al tiempo de inscribir la tutela. Cuando esto suceda, habrá de adicionarse después la inscripción, presentando para ello el tutor certificación del acuerdo del consejo en que se haya fijado la pensión alimenticia, ya sea en cantidad fija, ya la de frutos por alimentos; y lo mismo de cualquiera modificación que sobre este punto se haga en lo sucesivo. De otro modo, quedaría incumplimentada la disposición de que tratamos, fuera de los casos en que haya sido fijada la pensión alimenticia en el testamento de la persona por quien se hizo el nombramiento de tutor, ó por el consejo antes de deferirse la tutela, como puede hacerlo según hemos dicho en el comentario al art. 261.

Ordénase además, con relación al registro de tutelas, en el art. 291, último de este comentario, que al pie de cada inscripción se hará constar, «si el tutor ha rendido cuentas de su gestión, en el caso de que esté obligado á darlas». Con esto se da á

entender que se refiere á las cuentas anuales, pues de la general, que debe rendirse al terminar la tutela ó cesar en el cargo, no está exento ningún tutor, y como esta cuenta general debe darse al que estuvo sometido á la tutela, ó á sus representantes ó derechohabientes, según el art. 281, de suerte que es asunto de interés privado, ya no es necesaria la inspección judicial.

Deberá resultar de la inscripción si el tutor está ó no obligado á rendir cuentas anualmente; si lo está, al pie de aquélla se hará constar si ha cumplido ó no esta obligación, por medio de nota que en cada año pondrá el secretario del juzgado que lleve el registro. Como, según el art. 279, las cuentas anuales, después de examinadas por el protutor y de censuradas por el consejo, han de depositarse en la secretaría del tribunal donde se hubiere registrado la tutela, el secretario tiene ese dato seguro para poner dicha nota, ó para hacer constar que no se han recibido las cuentas, enterando de ello al juez para la resolución que estime. Para prestar este servicio se fija en el artículo el comienzo del *año judicial*, que es por ahora el 15 de Septiembre, lo cual no obsta para que el tutor rinda las cuentas en la época en que deba darlas, ni para que se lleve el registro por años naturales.

Quedan expuestos los datos y pormenores que ha de contener el registro de tutelas, según nuestro Código. Algún comentarista lo tacha de deficiente, porque no exige que se anote la importancia del caudal del menor ó incapacitado, con expresión de la clase de bienes en que consista y la fecha del inventario, y la en que principie y concluya la gestión del tutor, como lo hace el Código de Portugal, y porque no fija término para la inscripción, ni designa la persona que haya de solicitarla, como lo hacen también dicho Código y el de Méjico. Veamos la razón de estas omisiones.

Según los artículos 261 y 264 de nuestro Código, el tutor no está obligado á hacer inventario de los bienes del menor ó incapacitado, y del que resultará la importancia y clase del caudal, hasta después de haber tomado posesión del cargo, y como

á esta posesión ha de preceder la inscripción en el registro, según el art. 205, habría sido irregular exigir que en ella constasen hechos que no se habían realizado al tiempo de verificarlo. Si al juez interesa conocer la importancia y clase del caudal para adoptar alguna medida en defensa de los intereses del menor ó incapacitado, podrá consultar las cuentas anuales del tutor, que tiene á su disposición, puesto que han de quedar depositadas en la secretaría de su juzgado que lleva el registro (artículo 279), y si esto no fuese suficiente, podrá pedir al consejo de familia los datos que estime necesarios.

En cuanto á la fecha en que comienza la gestión del tutor, como ésta principia con la posesión, y la posesión es posterior á la inscripción, también habría sido irregular exigirla; además de que resultará de las cuentas anuales. Y respecto de la fecha en que concluya, si se trata de tutela de menores, en el registro ha de constar la edad de éstos, y por consiguiente, el día en que aquélla concluye; y para el caso en que termine por haber obtenido el menor el beneficio de la mayor edad, ya se previene en el art. 323 que esta habilitación se haga constar en el registro de tutelas. La de los incapacitados no concluye si no recobran sus derechos civiles, y cuando esto ocurra, ya lo hará constar en el registro aquel á quien interese, ó lo mandará el mismo juez al acordar la rehabilitación.

Y no se ha fijado término para la inscripción, por ser innecesario en la organización dada á las tutelas en nuestro Código, puesto que no puede tomar posesión el tutor sin haber llenado aquel requisito. Al tutor corresponde solicitarlo, como ya se ha dicho, y si fuere negligente, el protutor y el consejo de familia, bajo cuya vigilancia se ejerce la tutela, tienen el deber de gestionar lo necesario para que éste se constituya legalmente lo antes posible, siendo responsables de los daños y perjuicios que por su omisión ó negligencia pueden sobrevenir al menor ó incapacitado.

Indicaremos, por último, que todos los datos que han de anotarse en el registro, deben constar en el expediente instruído en

el juzgado para discernir el cargo al tutor, y de ese expediente podrá y deberá tomar el secretario los que no resulten del testimonio del discernimiento, que es el documento que habrá de presentarse para hacer la inscripción, según previene la ley de Enjuiciamiento civil, como ya se ha dicho.

ARTÍCULO 292

Los jueces examinarán anualmente estos registros y adoptarán las determinaciones necesarias en cada caso para defender los intereses de las personas sujetas á tutela.

Después de lo que hemos dicho en la introducción á este capítulo, no tenemos nada que añadir respecto del alcance del presente artículo, cuyo sentido é intención aplaudimos. Los redactores del Código, habiéndoles quitado á los jueces casi todas las atribuciones que les señalaba el art. 1876 de la ley de Enjuiciamiento civil para transmitirlas al consejo de familia, han creído, razonablemente, que convenía conservar la 5.ª, concebida en estos términos, análogos á los del presente artículo: «las demás providencias necesarias *para remediar ó evitar abusos* en la gestión de la tutela».

Tal es la misión, muy importante por cierto, que queda á los jueces, y que también les impone el Código de Italia. Fielmente cumplida, puede ser la mejor salvaguardia de las personas sujetas á tutela. Aunque ésta se ejerce hoy bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia, pueden éstos ser negligentes y aun estar en connivencia con el tutor para defraudar al menor ó incapacitado, y en previsión de estos casos posibles, se llena el deber social de amparar á esas personas desvalidas, concediendo al juez de primera instancia las facultades necesarias para la defensa de los intereses de las mismas, y para evitar y corregir, no sólo á instancia de parte, sino también de oficio, los abusos que puedan cometerse.

La vigilancia y la gestión oficiosa, que la ley de Enjuicia-

miento civil encargaba á los jueces por el artículo antes citado para reemplazar á los tutores que hubieren fallecido ó cesado, por cualquier otro motivo, para obligarles á que rindan las cuentas, para depositar en el establecimiento correspondiente los fondos sobrantes, y para hacer que se les dé una imposición lucrativa, están encomendadas por el Código al consejo de familia; pero se reserva al juez la suprema inspección y vigilancia, y si en esos ú otros actos de la tutela notase omisión, negligencia ó abusos, le faculta para adoptar de oficio las disposiciones necesarias en cada caso, tanto en el orden civil como en el criminal, á fin de evitarlos y corregirlos, y de defender los intereses de las personas sujetas á tutela

Para llenar el juez tan importante misión tiene á su disposición el registro de tutelas, con cuyo objeto ha sido establecido; tiene también las cuentas anuales, que se depositan en su juzgado; puede pedir los informes oficiales y particulares que estime necesarios; puede también examinar los libros de la administración del tutor, y todo cuanto se refiera á la tutela, pues nada puede ser reservado para él. Para hacer este examen, aunque la ley de Enjuiciamiento fija los ocho primeros días de cada año, podrá realizarlo cuando lo estime conveniente ó tenga motivos para sospechar abusos, y fuera de este caso debera hacerlo, sin omisión, luego que el secretario haya puesto la nota que previene el art. 291. Raro será el caso en que de ese examen, hecho con celo é imparcialidad, unido á noticias particulares, no pueda el juez adquirir el convencimiento de si el tutor, el protutor y el consejo de familia cumplen ó no con sus deberes. La omisión ó negligencia del juez en ese servicio le hará responsable de los daños y perjuicios que por ello puedan sobrevenir al menor ó incapacitado.

TÍTULO X

DEL CONSEJO DE FAMILIA

I

Reseña histórico-legal.

En los primeros tiempos de Roma el derecho individual y de familia se hallaba sustraído por completo á toda intervención de la sociedad, siendo patrimonio exclusivo de la *gens*, agregado de familias colaterales, descendientes de una estirpe común y designadas con un común *cognomen*. El Estado (la tribu, la ciudad) no podía inmiscuirse en los asuntos interiores de la *gens*, y carecía de toda autoridad sobre el individuo por lo tocante á sus relaciones civiles: el padre era soberano absoluto dentro de la familia, sin más limitación que la que pudiera ponerle la asamblea de la gente, que es algo como decir el consejo de familia. Con el natural progreso de los tiempos, la personalidad individual principió á reclamar sus fueros, protegida por la ciudad, y como consecuencia á quebrantarse el *jus gentilicium* ó *privatum*, y paulatinamente á convertirse en *jus publicum:* la ciudad fué usurpando y llamando á sí la soberanía de las familias y gentes; la potestad del padre y del señor, la *manus* del marido, la *auctoritas* del tutor, el matrimonio, la testamentifacción, las obligaciones, si bien seguían titulándose derecho privado, en realidad no lo eran, puesto que la ciudad las había sometido á normas fijas de conducta, sancionando su observancia con pena de nulidad ó con castigos corporales. Al consejo de parientes, que fallaba *ex aequo et bono* ó conforme al derecho familiar propio de su respectiva *gens*, había sustituído el magistrado de la ciudad, aplicando re-

glas de carácter general, que constituían ley, senadoconsulto ó jurisprudencia. Con esto penetró en la historia un elemento jurídico necesario y antes no conocido: la fuerza social puesta al servicio de aquellas relaciones de derecho, que por su carácter absoluto no pueden abandonarse al arbitrio de los individuos ni de las familias. Sólo que, como sucede casi siempre, obrando la ley de la reacción, el nuevo elemento absorbió al antiguo, no menos legítimo y necesario que él, anulándolo, y la familia perdió su autonomía, se borró la *gens* hasta de la memoria, no quedando del derecho gentilicio más sino tal cual residuo esporádico, insignificante y sin transcendencia, en el Digesto y en el Código (1).

En España, el círculo gentilicio, que alguna vez asoma en las décadas de Tito Livio (*commune cognati*, lib. 28, cap. 21) y en las inscripciones de tiempo del Imperio (*gentilitas Desoncorum, gentilitas Iridiavorum*, Corpus i. l., vol. 2.º, 2633), duró más siglos que en Roma y encontró eco en el Fuero Juzgo y en los Códigos y fueros peninsulares de la Edad Media, bien que muy indeterminado en punto á organización (*los parientes más propinquos*), y reducida su competencia al nombramiento de tutor en ciertas circunstancias, á la autorización del matrimonio de la huérfana soltera menor de edad, á la aprobación de las donaciones, quitas, etc., hechas por el pupilo á su guardador, y á la transferencia de los bienes dotales hecha por la mujer al marido. He aquí el texto de esas disposiciones, que constituyen el primer precedente legal de esta institución en Castilla, Aragón y Cataluña:

1.º «Quod si nec patruus, nec patrui filius, qui digne tutelam suscipiat orphanorum fuerit, tunc *tutor ab aliis parentibus in praesentia judicis* eligatur. Et sive mater tutelam, sive quicumque susceperit, praesentibus testibus vel propinquis, de omnibus rebus quas pater reliquit, brevis factus trium vel quinque tes-

(1) Código, lib. 5.º, tít. 4.º, ley 18; Digesto, lib. 27, tít. 2.º, párrafo 1.º, ley 1.ª, y lib. 42, tit 4.º, párrafo 1.º, ley 5.ª

tium subscriptione firmetu, et praesentibus ipsis, qui ad brevem faciendum testes interfuerin, Episcopo aut Presbytero quem parentes elegerit, brevis comendetur, minoribus dum adoleverit reformandus.» (Lex Wisigothorum, lib. 4.°, tít. 3.°, ley 3.ª)

«Si el padre muriere, e fijos dél fincaren sin edad, la madre, no casando tome á ellos e á sus bienes si quisiese, e tengalos en su guarda fasta que sean de edad; e los bienes de los fijos rescibalos por escripto *ante los parientes más propinquos del muerto y delante alguno de los Alcaldes;* e si la madre se casare, no tenga más á los fijos ni á sus bienes en guarda, y *el Alcalde con los parientes más propinquos* del muerto, dén á ellos e á sus bienes á quien los tenga en guarda, así como dice la ley de suso.» (Fuero Real de España, lib. 3.°, tít. 7.°, ley 3.ª)

2.° De puella vero, si ad petitionem ipsius is, qui natalibus eius videtu aequalis, accesserit petitor, tunc patruus, sive frater *cum proximis parentibus* conloquantur, si velint suscipere petitorem, ut aut communi voluntate jungantur, aut communi judicio denegetur.» (Lex Wisigothorum, lib 3.°, tít. 2.°, ley 8.ª)

«Si alguna manceba en cauellos (soltera) *sin voluntad de suos parientes los más propinquos ó de suos cercanos coormanos*, casare con algund ome, e se ayuntare con él por cualquiera ayuntamiento, pesando á suos parientes más propinquos ó á suos cercanos coormanos, que non aya parte en lo de suo padre, nin en lo de la madre, e sea enagenada de todo heredamiento por todo siempre.»—«Esto es fuero de Castilla: Que si alguna manceba en cauellos se casa ó se va con algund ome, si non fuer con placer de suo padre ó de sua madre, si lo ouier, ó con placer *de suos ermanos*, si los ouier, *ó con placer de suos parientes los más cercanos*, deve ser desheredada...» (Fuero Viejo de Castilla, lib. 5.°, título 5.°, leyes 1.ª y 2.ª)

3.° «Toda mujer virgen que á casar hobiere, asi case: si padre non hobiere, la madre non haya poder de casarla, *á menos de los parientes del padre* que la habrían de heredar; et si non hobiere madre, el padre non haya poder de casarla, *á menos de los parientes de la madre* que la habrían de heredar. Et si non ho-

biere padre nin madre, *los parientes de la una parte et de la otra*, que la hobieren de heredar, la casen.» (Fuero de Sepúlveda, título 55; ídem de Cáceres y Salamanca.)—«Filia emparentada, padre e madre la casen; e si uno de los padres fuere muerto, *con consejo de los parientes del muerto* la casen; e si amos los padres fueren muertos, *los parientes de ambas partes* la casen; e los unos sin los otros non hayan poder de casarla » (Fuero de Alcalá, citado por Martínez Marina.)

4.° «Ordenamos que si alguno estando bajo potestad de otro, así como de tutor ó de curador, ó en otra manera, hiciere donación, ó remisión, ó absolución de algunos bienes ó derechos suyos á aquél bajo cuya potestad estuviere ó con el cual estuvieren, ó á otro por él; la tal donación, remisión ó absolución en tanto cuanto tenga mira á donación, y al instrumento que sobre esto se hubiere hecho, sea nulo ipso jure, á no ser que la dicha donación, remisión ó absolución fuesen hechas y firmadas con voluntad y consentimiento de *tres parientes más inmediatos* de parte de padre y de madre si pudieren ser habidos; en otra manera, de tres personas ó de parte de padre tan solamente ó de parte de madre, del modo que puedan ser encontrados; y en falta de los susodichos, de tres amigos más allegados; y que además del consentimiento, interviniese autoridad y decreto de juez y el juramento del que hiciere la donación, definición ó remisión, en virtud de cuál juramento afirme que las dichas personas son las más inmediatas y amigas.» (Usatge de 1351, Pedro III, Cortes de Perpiñán, cap. 17, trad. de Vives Cebriá. t. 2.°, pág. 26.)

5.° «Verumtamen dicti pupilli, postquam quatordecimum annum suæ ætatis attigerint, *de consilio duorum bonorum et legalium parentum et proximorum pupilli* ex parte illa unde bona descendunt, et cum auctoritate Judicis, id (quitationem, liberationem, aut absolutionem, aut aliquem alium contractum, perquem tutores possint se tuer) facere, et non alias, possint.» (Fuero ún. de liberationibus et absolutionibus tutoribus per minores faciendis, Zaragoza, 1348; lib. 5.° Fororum Regni Aragonum.

6.º «Non valebit viro dotis facta semissio ab uxore, nisi de proximorum uxoris consilio fiat istud, scilicet patris, si vivus fuerit et unius alterius: vel si patrem non habuerit, *cum aliis duobus parentibus suis propinquioribus et legalibus.*» (Fuero 1.º de contractibus conjugum, Huesca, 1247, lib. 5.º Fororum.)

7.º «De consuetudine Regni, uxor potest transferre in virum, sicut in extraneum, bona sua mobilia, et inmobilia, quæ non sunt dotes vel axovarium; dotes aut axovarium non potest transferre in virum, *nisi juxta formam fori De contractibus conjugum.*» (Observancia 1.ª de jure dotium, lib. 5.º Observantiarum Regni Aragonum.)

Sea influjo del derecho romano, que había colocado el Código de las Partidas á la cabeza de los cuerpos legales de Castilla, sea evolución espontánea del principio socialista del derecho, que obrara del mismo modo que en los comienzos de la Era cristiana, es lo cierto que en el siglo pasado había cesado por completo la intervención de los parientes en las relaciones jurídicas de los menores, y fué cuando el Gobierno de Carlos III discurrió llamar á nueva vida, generalizándola al mismo tiempo, aquella disposición del Fuero Juzgo y del Fuero viejo que requería el consentimiento de los parientes para el matrimonio de la mujer soltera, huérfana de padre y madre. He aquí su tenor:

8.º «Mando que los hijos é hijas de familias menores de veinticinco años deban, para celebrar el contrato de esponsales, pedir y obtener el consejo y consentimiento de su padre, y en su defecto de la madre, y á falta de ambos, de los abuelos por ambas líneas respectivamente; y no teniéndolos, *de los dos parientes más cercanos que se hallen en la mayor edad y no sean interesados ó aspirantes* á tal matrimonio; y no habiéndolos capaces de darle de los tutores ó curadores; bien entendido que prestando los expresados parientes, tutores ó curadores su consentimiento, deberán ejecutarlo *con aprobación del Juez Real* ó interviniendo su autoridad...» (Pragmática de 23 de Marzo de 1776: Nov. Rec., libro 10, tít 2.º, ley 9.ª).

Esa disposición no debió surtir ningún efecto, ni produjo,

por tanto, violencia el que se derogase, como virtualmente se derogó por pragmática de Carlos IV, fecha 1.º de Abril de 1803, en el hecho de omitir el término «parientes» en la lista de personas autorizadas hasta entonces para consentir el matrimonio de los hijos de familia (Nov. Rec., libro 10, tít. 2.º, ley 18). Igual silencio guardaron á ese respecto las Cortes de Cádiz cuando fueron llamadas á fijar el sentido de dicha pragmática, por solicitud de algunos particulares (dictamen de la Comisión de Justicia, sesión de 6 de Junio de 1812; discusión del día 16 de Junio y siguientes).

Había desaparecido de España el último vestigio de consejo de familia. Unicamente en el Pirineo (Navarra, Alto Aragón y parte del Norte de Cataluña), donde la tradición jurídica encontraba mayores condiciones de supervivencia, se mantuvo pujante esta institución y ha llegado sin menoscabo hasta nuestros días, acreditando el poder creador, y juntamente la virtud conservadora que tiene la costumbre, cuando se la deja en libertad de escoger sus formas y el modo y momento de renovarlas, implantando un régimen de *selfgovernement* civil tal como el vigente en aquella región de la Península. De la extensión de este consejo de familia consuetudinario se formará una idea por los siguientes croquis tomados á la vista de la práctica en Aragón y Navarra.

9.º «El consejo de familia no es en esta provincia (Navarra) enteramente desconocido en la práctica. La consulta ceremoniosa á los parientes, acostumbrada al tratarse de los matrimonios, las cláusulas puestas en las capitulaciones matrimoniales respecto de la división de los bienes en caso de separación de los padres donadores y los hijos donatarios, dando facultades á dos parientes de cada rama para realizarla; la facultad que puede concederse y se concede en las mismas capitulaciones matrimoniales á dichos parientes para que determinen si es conveniente que el viudo ó viuda donatarios pasen á contraer segundas nupcias sin perder los bienes donados; la extraordinaria facultad del mismo modo concedida á los parientes de ambas líneas para

que en caso de morir marido y mujer sin hacer nombramiento de heredero en uno de sus hijos ó hijas, señalando á los demás sus legítimas, lo hagan aquéllos, demuestran palpablemente cuánta intervención se da al consejo de familia en Navarra, y que no es, por lo tanto, desconocida esta institución, y tiene en la práctica una extensión de facultades que, ciertamente, no se dan en país alguno.» (Antonio Morales, *Memoria que comprende los principios é instituciones del derecho civil de Navarra*. Pamplona, 1884, páginas 48-49.)

«En todos los partidos judiciales de ambas provincias de Navarra y Guipúzcoa, excepto en Tudela y San Sebastián, existe la costumbre de otorgar capitulaciones matrimoniales, que, entre otras cuestiones de dominio y transmisión de bienes objeto de la donación *propter nuptias*, dejan resuelta la de llamamientos á la sucesión... Todos estos contratos son iguales; pero se hace preciso llamar la atención acerca de los celebrados en Pamplona y Aoiz, por presentar alguna diferencia.—Según el Registrador de Pamplona, los pactos más en uso en esas capitulaciones son: que uno de los hijos de los nuevos cónyuges herede la casa y bienes donados, y á los demás se les señalen dotaciones sin precisa igualdad, quedando facultados para el nombramiento de aquél y señalamiento de éstas los cónyuges donatarios; si el uno hubiere fallecido, cuando llegue el caso, el sobreviviente; y si hubieren fallecido ambos, los dos parientes más cercanos de ambas líneas, con tercero en discordia. Si los donatarios fallecen sin hijos, ó éstos mueren intestados, dichos donatarios podrán disponer de cierta suma, y el resto de los bienes va á los hermanos de aquéllos, que como herederos sustitutos se nombran, ó se pacta su reversión á los donantes, y, en su defecto, á los parientes troncales, para que hagan nuevo nombramiento de heredero que suceda en la casa y su «pertenecido de bienes»...—En Aoiz es muy usual el otorgamiento de tales capitulaciones, y los pactos más comunes en ella son los siguientes: segundo, que uno de los hijos deberá suceder en los bienes donados, dote del padre ó madre y demás bienes que adquieran, haciéndose la

elección de heredero por los donantes y donatarios juntos ó por cualquiera que de ellos sobreviva, y á los demás se les señalarán sus dotes ó legítimas á unos más y á otros menos, según fuere su voluntad, y por fallecimiento de los donadores y donatarios sin practicar dicha elección y señalamiento, hayan de hacerlo los dos parientes varones más próximos de los desposados, uno de cada parte, y tercero, elegido por éstos en caso de discordia, y hayan de pasar precisamente por lo que la mayoría de los tres determine... Cuarto, que si se disolviese dicho matrimonio por fallecimiento del donatario, el sobreviviente tendrá derecho, con arreglo á la legislación de aquella provincia, á usufructuar la casa y bienes donados al mismo, conservando su viudedad y recibiendo el correspondiente inventario durante el término que prescribe dicha legislación; que si para atender á la educación y crianza de los hijos que queden y á la conservación de los bienes fuese necesario un nuevo matrimonio, ha de contraerlo, para no perder el usufructo, con persona que tenga la aprobación de los donantes, ó del que de ellos sobreviva, ó de dos parientes más próximos de la donataria, los que adoptarán las precauciones necesarias, así para la conservación de los bienes como para el alimento y educación de los menores, frutos por pensión y reserva de sus preferentes derechos como hijos del primer matrimonio, pactándose lo que se crea conveniente (que éstos respetarán) para los que nazcan del segundo...» (*Memorias y Estados formados por los registradores de la propiedad* en cumplimiento de lo prevenido en el R. D. de 31 de Agosto de 1886; Madrid, 1890, t. 3.°, págs. 150-151.)

10. En el Alto Aragón, lo mismo que en Navarra, el consejo de familia se constituye de cada caso por los contrayentes al tiempo de otorgar sus capitulaciones matrimoniales. Algunas veces confieren á las personas designadas por ellos poder general, sin especificar los géneros de controversia que están llamados á decidir: «Pactan que si se hubiese de decidir cualquier punto ó duda acerca de lo que se contiene en esta escritura y demás que ocurriese, lo hagan dos parientes, los más cercanos,

uno de cada parte de dichos cónyuges y el cura párroco ó su regente que es y fuese de esta parroquia, y á ello se deberá estar.»

Pero lo ordinario es que la escritura de capitulación matrimonial especifique los casos en que ha de intervenir el consejo de familia y la fuerza ó autoridad que han de tener sus decisiones. Así: 1.º Entiende en los asuntos concernientes á la tutela (si bien con menos extensión que en el Código civil español):—2.º Cuando los jefes de una familia han fallecido sin haber dispuesto cuál de sus hijos ha de sucederles en el señorío de la casa, como heredero universal, lo designa y nombra, haciendo sus veces el consejo de familia:—3.º Aprueba ó desaprueba las segundas ó ulteriores nupcias del cónyuge supérstite en la casa del premuerto, con prórroga del usufructo ó viudedad foral conforme á la costumbre denominada «casamiento en casa»:—4.º Acuerda y otorga los pactos de este nuevo matrimonio, asegurando los intereses propios de los hijos del primero, y especificando los derechos de los hijos que puedan nacer de la nueva unión, así como los del nuevo consorte:—5.º Conoce y falla sobre las quejas formuladas contra el nombrado sucesor por sus padres ó por sus hermanos, ya por malos tratamientos de su parte, ó por escasez de alimentos, ó por exigüidad en la dote ó legítima que les asigna; y caso de ser su veredicto favorable á los querellantes, acuerda el modo y el tanto de la reparación, esto es, la suma que debe aprontar el heredero en concepto de dote ó de alimentos, según «el haber y poder de la casa»:—6.º Entiende también en los casos de discordia entre los adoptantes y los adoptados, en la institución consuetudinaria llamada «acogimiento» y «casamiento á sobre bienes», y caso de acordar la separación, determina la cantidad que han de sacar, en concepto de indemnización ó salario, los que se separan con justo motivo de la comunidad:—7.º Entra asimismo, en sus atribuciones la interpretación autorizada de la capitulación matrimonial, en casos de duda, así como suplir sus vacíos ó sus deficiencias; dispone lo relativo á funerales, sufragios por el

alma de los jefes difuntos, etc. (J. Costa, *Derecho consuetudinario del Alto Aragón*. Madrid, 1880, págs. 32, 33 y 197.)

Hasta aquí los precedentes nacionales del consejo de familia.

Por los días en que el Gobierno de Carlos IV suspendía aquel ensayo modestísimo de restauración parcial decretado veintisiete años antes, los legisladores franceses tomaban del derecho consuetudinario ultrapirenaico é introducían en el Código civil del Imperio el consejo de familia aplicado á la tutela de los menores ó incapacitados, y poco después las armas victoriosas de Napoleón lo propagaban por Europa, haciéndole tomar asiento en multitud de países, desde Holanda á Polonia, desde Polonia á Nápoles. Con esto vino á juntarse un hecho del orden intelectual, que hizo ganar crédito á la institución hasta en los países germánicos; la reconstrucción hecha por la crítica histórica de aquel primitivo círculo social, ó *gens*, implantado hace millares de años en Asia y Europa, ofreciendo á la especulación filosófica una imagen viva y real del principio del *selfgovernement* con que principiaba á soñar para la familia.

Los redactores del proyecto de Código civil español de 1851 juzgaron desde el primer instante (sesiones de 1843 y 1844), deber prohijar la institución francesa, reorganizando sobre la base de ella la tutela tradicional. «La tutela—decían en el art. 172—se ejercerá bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia», y expresaban, por órgano de García Goyena, la esperanza de que los resultados de este ensayo «serían desde luego felices en las provincias de Fueros, cuya legislación ha creado y conserva más vivo el espíritu de familia», y que «en las otras provincias serían más lentos y tardíos, pero que al fin se crearía ese mismo espíritu, porque las buenas leyes acaban siempre por crear buenas costumbres».

Sabido es que aquel proyecto de código no llegó á pasar de tal, pero el articulado de él en la parte referente al consejo de familia no dejó de surtir efecto. Según parece, sirvió de norma

al legislador portugués al codificar el derecho civil en 1867 para reformar el consejo de familia de la Novísima Reforma judicial de 1841; y en él calcó el legislador español la ley de 20 de Junio de 1862 sobre consentimiento y consejo paterno para contraer matrimonio, trasladada más tarde, con ligeras variantes, á la ley de Enjuiciamiento civil de 1881, arts. 1919 y sigs.—La ley de Propiedad intelectual de 10 de Enero de 1879 dió al consejo de familia una aplicación distinta de las que había recibido hasta entonces: según ella, las obras publicadas por un autor no pasan al dominio público y no pueden reimprimirlas el Estado, las Corporaciones científicas ni los particulares cuando manifiesten en forma solemne, y dentro de cierto término, su voluntad de que la obra no vea la luz pública, alguna de las personas siguientes: 1.° El autor, que conserva la propiedad de las obras: 2.° El heredero del autor, siempre que lo haga de acuerdo con el consejo de familia (art. 44), formado, mientras las leyes civiles no lo organicen, de parientes del dicho heredero ó de amigos de sus padres, y presidido por el alcalde, lo mismo que en el proyecto de Código civil de 1851 (Reglamento de 3 de Septiembre de 1880, arts. 46 á 51).

Mientras tanto, se había descubierto en el régimen consuetudinario del Pirineo aragonés (1) la existencia del consejo de parientes como institución de carácter general, que penetraba todo el derecho de familia, y cuyos resultados beneficiosos acreditaba el hecho de haberse introducido en la práctica y mantenerse vivo y vigoroso, no por obra del legislador, sino por el libre albedrío de los particulares, que lo estatuían y decretaban en sus capitulaciones matrimoniales y testamentos. No había que hablar ya de importación ni de ensayo: el consejo de familia podía penetrar en la legislación civil española como institución eminentemente nacional y abonada por la experiencia de muchos siglos. Movido principalmente de aquel hecho, el Con-

(1) J. Costa. *El Consejo de familia en el Alto Aragón. Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, t. 54, Madrid, 1879; págs. 257 y sigs.

greso jurídico aragonés, que se celebró en Zaragoza en 1880, hubo de pronunciarse casi unánimemente á favor del consejo de familia y de su codificación como parte del derecho de familia, señalando como tipo, junto con otros precedentes, la institución consuetudinaria alto aragonesa (1). A poco se tuvo noticia de que también en Navarra había sobrevivido y seguía rigiendo en las mismas condiciones que en el Alto Aragón (2). El Congreso jurídico español celebrado en Madrid en 1886 votó por una gran mayoría la introducción del consejo de familia en la legislación civil española, si bien no todavía como institución sustantiva que abarcara todo el derecho de familia, sino tan sólo como una rueda auxiliar de la tutela (3).

II

Juicio crítico de las disposiciones del Código sobre el consejo de familia.

Con tales precedentes ha entrado en el Código civil español el consejo de familia. Comparándolo con el del Proyecto de 1851, y en general, con el de los demás códigos europeos, que en este punto vienen á ser uniformes, no tardan en advertirse dos diferencias radicales en orden á la intervención del poder público en la constitución y dirección de dicho consejo; y una absoluta identidad en cuanto á la competencia ó facultades del mismo y á los llamamientos de los parientes.

Los códigos europeos autorizan á los padres para nombrar tutor á sus hijos y no para nombrar vocales del consejo de familia: «Os paes, dice Dias Ferreira, nem podem nomear nem excluir cualquier individuo de vogal do conselho de familia». Es un fenómeno curioso la reacción que se ha obrado sobre este

(1) Costa. *La Libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*, Biblioteca jurídica de autores españoles. Madrid, 1883; pág. 235.

(2) A Morales. *Memoria que comprende los principios é instituciones del Derecho civil de Navarra*. Pamplona, 1884; pags. 48 y 49

(3) *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, t. 70. Madrid, 1887; páginas 42, 43 y 627.

particular en nuestro tiempo: la legislación civil de Toscana de 1838 y la procesal de Portugal de 1841, no obstante hallarse tan próximo el Código Napoleón, constituían dicho consejo con vocales testamentarios, y sólo á falta de éstos echaban mano de los legítimos; ahora, los Códigos civiles de Portugal é Italia, desentendiéndose del precedente patrio, han vuelto la cara al Código francés, privando al padre de la facultad de ordenar la composición del consejo. Más lógico, nuestro Código dispone que lo formen «las personas que el padre ó la madre en su caso hubiesen designado en su testamento», y que no sean admitidas en él aquéllas «á quienes el mismo padre ó la madre en su caso hubiesen excluído en su testamento de este cargo». Esta novedad tenía dos importantes precedentes en la Península: uno, la Novísima Reforma judicial portuguesa de 1841, cuyo art. 395 declara que «el padre puede designar las personas que deban componer el consejo de familia con preferencia á la madre y á los demás parientes del menor»; otro, la costumbre navarra y alto aragonesa, en la cual, como es fácil comprender, el consejo es exclusivamente testamentario (las capitulaciones matrimoniales surten efectos de testamento en este respecto). Los escritores aragoneses desde 1880 habían abogado resueltamente por que la ley sancionara este criterio de libertad; lo mismo el señor Franco y López (1), que el Sr. Ripollés (2), que el señor Costa (3), como el Sr. Gistán con posterioridad (4).

La razón y la lógica juntamente aplauden esta novedad.

---

(1) *Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho civil aragonés*, etc., por D. Luis Franco y López, Zaragoza, 1888; art. 38.

(2) *El Consejo de familia*. Dictamen presentado al Congreso Jurídico Español de 1886, por D. Mariano Ripollés, ponente del tema quinto. Madrid, 1886; página 29.

(3) *El Consejo de familia. Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 54, Madrid, 1879, págs. 257 y sigs. — *Teoría del hecho jurídico* (Biblioteca jurídica de autores españoles). Madrid, 1880, pág. 96. — *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*. (Biblioteca jurídica). Madrid, 1883, capítulo 7.°

(4) *El Consejo de familia*. Discurso leído por D. Enrique Gistán y Casbas en el ejercicio para obtener el grado de Doctor en la Facultad de Derecho de Madrid; Zaragoza, 1890

Nada con efecto autorizaba á medir con rasero distinto la una y la otra institución: si es justo y conveniente que los padres nombren tutores y protutores para sus hijos, justo y conveniente ha de ser que nombren los vocales del consejo de familia. Lo que hay es que, tanto respecto de éstos como respecto de aquéllos, se ha excedido tal vez la justa medida, y que habría convenido no atar las manos tan en absoluto al poder público, reservando á éste la facultad de discutir los llamamientos hechos por los padres. Las incapacidades declaradas por el artículo 237 del Código no son garantía suficiente para los menores, y no le es lícito al Estado desprenderse en lo más mínimo del poder tutelar que le está conferido por la ley de su propia naturaleza. El nombramiento hecho por los padres induce presunción de que las personas nombradas son las más aptas para gobernar y proteger á sus hijos en las respectivas funciones de la tutela, ora como tutores, ora como protutores ó como vocales del consejo de familia; pero presunción no dice certidumbre, y el Estado tiene el deber de proporcionar el máximum de garantía posible á las personas desvalidas, y para este efecto, de retener íntegra su soberanía, sin delegar el ejercicio de ella en ninguna persona, aun siendo tan desinteresada como son los padres. El voto de éstos debe ser meramente consultivo. Lo ordinario será que el representante del Estado nombre á las personas designadas por ellos, pero debe quedar en aptitud de preterirlas y nombrar otras.

Según nuestro Código, «será presidente del consejo de familia—(con derecho de citar á junta, decidir los empates, ejecutar los acuerdos, etc.)—el vocal que eligieren los demás». Esta disposición no tan sólo está en desacuerdo con los Códigos europeos, los cuales encomiendan unánimemente dicha presidencia al juez municipal, sino que contradice también todos los precedentes patrios. Lo mismo por derecho antiguo (Fuero Juzgo, Fuero Real, Usatges de Cataluña, Fueros y Observancias de Aragón) que por derecho moderno (Pragmática de 1776, ley de 20 de Junio de 1862, ley de Enjuiciamiento civil de 1881), el

consejo de parientes ha sido siempre presidido por la autoridad judicial. Esta jurisprudencia se continuaba en la costumbre del Pirineo, donde los contrayentes matrimonio, al estatuir el consejo de familia, designan casi siempre, junto con los parientes, al párroco, al alcalde ó al juez. Y así, aquellos que en el Congreso de Jurisconsultos aragoneses sostuvieron la más absoluta libertad en materia de consejo de familia, privando de toda intervención en él á la autoridad judicial, exceptuaban expresamente el caso de que se constituyera para régimen de una tutela (1).

No podemos, pues, aprobar en absoluto esta innovación, y es de esperar que en la primera revisión que se haga del Código se volverá á las buenas tradiciones. Antes del Código, los asuntos de los menores venían confiados exclusivamente al juez; ahora, con el Código, se encomiendan exclusivamente á los parientes ó amigos: la innovación es radical, y está dando lugar á dudas y dificultades. Lo menos que podía hacerse es encomendar al juez municipal la presidencia del consejo, sin voz ni voto, como en la ley de Enjuiciamiento civil de 1881 (2). Así es en Portugal, y todavía no satisface. «¿Qué razón hubo para alterar en este punto la legislación existente? se pregunta un comentarista de aquel

(1) «Respecto á la intervención del poder público en el consejo de familia, se observarán las reglas siguientes:

Primera. Siempre que los particulares hayan estatuído de *proprio motu* uno ó más consejos de familia, dentro de los límites señalados por la ley, el Juez municipal, si no hubiera sido llamado por el texto de la *carta* (capitulación matrimonial, testamento, etc.), se abstendrá de toda intervención activa que no sea cerciorarse de que, llegado el caso previsto, funciona con regularidad y desempeña su misión dentro de los plazos legales.

Segunda. Cuando los particulares no hayan estatuído en la *carta* consejo alguno y ocurra uno de los hechos que, según la ley, obligan á su constitución, el Juez municipal convocará á los parientes llamados por ella, constituirá el consejo de familia en la forma supletoria determinada por el Código y lo presidirá por propia autoridad, en representación de la ley.

Tercera. Unicamente cuando se trate de asuntos propios de la tutela es inexcusable el concurso del Juez, aunque no se halle previsto en la *carta* ó disponga ésta lo contrario.» (*La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*, por D. J. Costa, Madrid 1883, cap. 7.º)

(2) Art. 1985: «El Juez (municipal) no tendrá voz ni voto en las deliberaciones» (de la junta de parientes).

Código. Seguramente habrá sido alguna razón *filosófica*, pues que la experiencia constante desde 1832 venía acreditando la necesidad de limitar las facultades de los consejos de familia, los cuales, en la mayor parte de los casos, proceden como abogados del tutor ó cabeza de familia contra los huérfanos.» Un artículo del proyecto de Código civil francés limitaba también las funciones del juez á la dirección de los debates del Consejo y á la redacción de las actas de sus sesiones; pero aquel artículo se rechazó, y hoy está universalmente admitido que el juez tiene voz y voto en el consejo de familia lo mismo que los demás vocales. Nunca podrá asimilarse tal consejo á un tribunal de amigables componedores, porque los asuntos para cuya decisión se constituye aquél no son de índole puramente privada. Por otra parte, si el consejo se compone sólo de personas privadas, sus acuerdos carecerán de autenticidad, y para revestirlos de ella habrá que proceder en algunos casos á operaciones ulteriores, que complicarán la administración de la tutela, según tendremos ocasión de observar cuando comentemos el art. 304. En previsión de esto, la legislación toscana, que excluía también al juez de la presidencia del consejo, disponía que en la primera sesión eligieran los vocales de entre ellos mismos presidente y vicepresidente, y nombrasen un notario para que levantara acta de todas las sesiones, añadiendo que la elección para presidente podía recaer en el notario mismo (1).

La impresión que queda, después de cuanto llevamos dicho, es que el legislador español ha ido en busca de modelo para su consejo de familia á donde menos podía sospecharse, á la legislación toscana: vocales testamentarios en primer término; en su defecto, legítimos ó dativos en número de cinco; presidencia de uno de ellos elegido por los demás. Creemos que esto es debido á una coincidencia fortuita y que no ha habido copia realmente. Como quiera que sea, la tendencia general del Código en este

---

(1) Ley toscana de 2 de Agosto de 1838 é Instrucción de 9 de Noviembre del mismo año.

título es sana y digna de la mayor alabanza. Inspíralo un respeto, que quizás sea exagerado, á la autonomía de la familia, exalta la espontaneidad individual hasta un grado que no alcanzó jamás Código alguno de Europa; alienta por todo él un aura de libertad á que no estaba acostumbrado nuestro país, y que corriéndose más tarde á las demás instituciones del derecho, transformará las relaciones del poder público con los particulares y la forma de su intervención en la vida privada. Falta ahora retocar y perfeccionar lo hecho, inspirándose en los precedentes de nuestra legislación y en los trabajos de nuestros tratadistas.

Vengamos ahora á aquellos otros dos puntos, igualmente fundamentales, en que nuestro consejo coincide con el de los demás Códigos europeos.

En defecto de vocales testamentarios, dispone el Código español que el consejo de familia se componga «de los ascendientes y descendientes varones, y de los hermanos y maridos de las hermanas vivas del menor ó incapacitado, cualquiera que sea su número; si no llegaren á cinco, se completará este número con los parientes varones más próximos de ambas líneas paterna y materna ...; si no hubiere ascendientes, descendientes, hermanos y maridos de las hermanas vivas, se constituirá el consejo con los cinco parientes varones más próximos del menor ó incapacitado...» Igual regla se halla admitida, con ligeras variantes, en los demás Códigos europeos. El consejo de familia legítimo viene así dado por la naturaleza: niégase toda intervención en él al prudente arbitrio del poder público; no hay derecho á excluir ó posponer al pariente más cercano, no siendo que haya sufrido pena por ciertos delitos, ó que esté calificado como persona de mala conducta, ó litigue con el menor, etc. Huyendo de la arbitrariedad, se ha caído en el fatalismo, atenuado, sí, pero no suprimido por los arts. 237 y 238, en relación con el 298, donde se enumeran las causas de inhabilitación para ser vocales del consejo de familia. Aquí habría estado justificado que el legislador español se apartara del precedente europeo: más aún

que en el caso de los vocales testamentarios convenía, tratándose de los legítimos, haber dejado á la autoridad pública una cierta latitud de apreciación calcada en la excelente ley de Toscana de 2 de Agosto de 1838, la cual fijaba, lo mismo que la nuestra de ahora, el orden de prelación que debía observarse en el nombramiento de vocales del consejo entre los agnados, cognados, afines y amigos; pero añadía que «el juez podrá prescindir de dicho orden legal si la prudencia, el conocimiento de las personas, la distancia del domicilio, etc., le aconsejan preferir como más conveniente á los parientes menos próximos, y aun á los afines ó extraños».

Asimismo ha seguido á los Códigos europeos el nuestro, desviándose de la costumbre patria, en lo tocante á las funciones encomendadas al consejo de familia. No forma éste por sí un tratado preliminar, extensivo y aplicable á todo el derecho de familia, sino meramente un título subordinado al de la tutela, como si fuese no más que un miembro suyo, en igual línea que el tutor y que el protutor. No hay que decir hasta qué punto se han defraudado con esto las aspiraciones de la filosofía contemporánea, empeñada en rescatar la familia de la servidumbre del romanismo y encerrar otra vez en sus naturales cauces el poder público. Protección de los hijos y de la mujer contra la prodigalidad del padre y del marido, corrección por malos tratamientos, obligaciones contraídas por mujer casada, abandono en la educación de los hijos, heredamientos universales y compañías familiares, insuficiencia de dotes ó legítimas, disensiones entre cónyuges é incidencias del divorcio y de la nulidad, efectos del casamiento del viudo ó de la viuda, adopciones, abintestatos, etcétera, son cuestiones que reclamaban, á par de la tutela, la intervención activa de los parientes, al menos en concepto de coadyuvante del poder público en el grado que el Jurado lo es de la administración de justicia. El consejo de familia encauzado con el debido arte, puede ser una institución eminentemente moral y económica: disminuye el número de pleitos, previene la disolución de las familias y hace de ellas agregados orgánicos y

Estados vivos donde el individuo encuentra el máximum de condiciones favorables á su bienestar y desenvolvimiento: en el Alto Aragón está admitido que el consejo de parientes evita muchas discordias y ahorra muchos gastos á las familias.

Esperemos que el legislador español no se petrificará en ese primer molde: luego que la institución haya recibido el urgente beneficio de las reformas antes apuntadas y se haya aclimatado en el terreno de la tutela, irá ensanchando su esfera de acción y reanudándose el hilo de las tradiciones familiares de nuestra patria; abandonará el Estado paulatinamente toda esa masa de derechos que tenía usurpados á la familia, y se librará de cuidados que tomó sobre sí con sano y laudable propósito, pero que desempeña imperfectamente porque no son de su competencia.

Otro punto hay en la organización de nuestro consejo de familia que, aunque esté también de acuerdo con la generalidad de los Códigos, debía haber merecido la consideración del legislador, pues puede dar lugar á grandes abusos y aun al desprestigio de la institucion. Nos referimos á los organismos encargados de constituir el consejo de familia, que acostumbran á ser los últimos grados de la jerarquía judicial, jueces de paz, municipales, etc. Sin prejuzgar lo que pueda pasar en otros países, en el nuestro la amplitud de atribuciones que, para la composición de dicho consejo, da á aquellos el art. 294 y la aversión de los parientes á contraer las responsabilidades de la tutela, como causas coadyuvantes de una fundamental que es la falta de garantías de competencia y rectitud de esos jueces municipales, cuya designación es juguete de intereses políticos, pueden dar lugar á combinaciones funestas para los huérfanos. Por eso, mientras no se haga una agregación de Ayuntamientos de regular extensión territorial que puedan tener órganos jurídicos más técnicos, es quizá una imprudencia entregar á la competencia de los juzgados municipales, y no á los de primera instancia, la constitución del consejo de familia, que por ser la rueda inicial y más importante de la tutela, ha de decidir de su funcionamiento y resultados.

Interesa conocer, para completar este estudio general del consejo de familia, las vicisitudes que la institución ha sufrido en los dos grandes cuerpos de leyes civiles promulgadas en Europa con posterioridad al nuestro: el Código imperial alemán y el Código federal suizo. Organizadas estas legislaciones sobre la base de la tutela de la autoridad, el consejo de familia ha tenido que entrar en ellas con un carácter muy distinto al que ostenta en la nuestra. Su existencia no es ya esencial, sino meramente facultativa; su finalidad no es la vigilancia ó fiscalización, pues para esto ya están los Tribunales de tutelas, sino la gestión técnica de los bienes en casos en que la intervención de los parientes ofrezca más garantías para el pupilo que la de una autoridad cualquiera (1).

Del carácter anterior se derivan las reglas que organizan el consejo de familia germánico y que lo diferencian profundamente del latino. Se instituye á petición de dos parientes próximos mayores de edad (art. 363 del Código suizo) ó cuando lo hayan ordenado el padre ó la madre legítimos ó lo pidan un pariente ó afín del pupilo, el tutor ó el protutor (artículos 1858 y 1859 del alemán). Es presidido en Alemania por el juez de tutelas, y sus vocales han de ser precisamente parientes del pupilo (364 del suizo; 1867 del alemán) ó personas nombradas por el padre ó madre legítimos del menor (1861 del alemán). Los derechos, deberes y responsabilidades del consejo de familia son los mismos que los del Tribunal de tutelas cuyas funciones asumen (362 del suizo; 1872 del alemán). En Suiza puede ser revocada en cualquier tiempo por la autoridad la tutela privada, si

---

(1) En la Exposición de motivos del Código alemán, se justifica la admisión del consejo de familia por su «especial utilidad para los casos en que medía la administración de empresas agrícolas ó industriales, en grande escala, pertenecientes á los bienes del menor, y existen parientes ó afines de éste cuyas circunstancias y conocimientos son apropiables para la vigilancia de aquéllos». El Código suizo presenta en su mismo texto las circunstancias que pueden justificar el consejo de familia: «La tutela—dice el art. 362—puede ser remitida excepcionalmente á la familia cuando el interés del pupilo justifique esta medida, especialmente para la continuación de una industria ó de una Sociedad».

el consejo de familia no cumple sus deberes ó si el interés del pupilo lo exige (366).

SECCIÓN PRIMERA

DE LA FORMACIÓN DEL CONSEJO DE FAMILIA

ARTÍCULO 293

Si el Ministerio público ó el Juez municipal tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna de las personas á que se refiere el artículo 200, pedirá el primero y ordenará el segundo, de oficio ó á excitación fiscal, según los casos, la constitución del consejo de familia.

Están obligados á poner en conocimiento del Juez municipal el hecho que da lugar á la tutela en el momento que lo supieren: el tutor testamentario, los parientes llamados á la tutela legítima, y los que por ley son Vocales del consejo, quedando responsables, si no lo hicieren, de la indemnización de daños y perjuicios.

El Juez municipal citará á las personas que deban formar el consejo de familia, haciéndoles saber el objeto de la reunión y el día, hora y sitio en que ha de tener lugar.

I

Personas obligadas á promover la constitución del consejo de familia: medidas previas que ha de adoptar el juez municipal.

En orden de tiempo, antes que el tutor y el protutor tomen posesión del cargo, es el consejo de familia (art. 261); antes que el consejo de familia, es el hecho que causa la incapacidad motivo de la tutela (art. 263). Desde que este hecho se produce hasta que se forma y principia á funcionar el consejo de familia, y desde que el consejo de familia se forma hasta que nombra ó reconoce al tutor y le pone en posesión del cargo, pueden transcurrir, según veremos, semanas y meses. Y como la persona

incapaz de gobernarse á sí propia necesita gobierno en todos los instantes de su vida, previene con muy buen acuerdo el Código: 1.º, que mientras no quede constituída la tutela, provea á los cuidados de ella el consejo de familia (arts. 301 y 243) bajo su responsabilidad (art. 312); 2.º, que antes de eso, mientras no esté formado el consejo de familia, hagan veces de tutor y de consejo los jueces municipales, bajo su responsabilidad también (artículo 203).

Todavía, como el hecho que da lugar á la tutela no se produce, sino por raro accidente, á la vista de los jueces municipales, podría suceder que pasaran días, semanas, acaso años, antes de que llegara á conocimiento suyo, y que la persona y bienes del menor careciesen de guarda, y, por tanto, de condiciones jurídicas de existencia, durante un tiempo largo, al cabo del cual la guarda resultara inútil por haber fallecido, víctima del desamparo, el huérfano, ó haber sido sustraído ó aniquilado su patrimonio. En esta previsión, el art. 293, que estamos comentando, impone á las personas que se presume viven cerca del menor ó incapacitado la obligación de poner en conocimiento del juez municipal, bajo su responsabilidad, el hecho que crea la necesidad de constituir una tutela.

La formación del consejo de familia compete exclusivamente al juez municipal. Inmediatamente que tenga éste noticia de que existen en el territorio de su jurisdicción personas que no se hallan bajo la patria potestad de nadie y que son menores de edad no emancipados legalmente, locos ó dementes, sordomudos que no sepan leer ni escribir, pródigos declarados tales judicialmente, ó, por último, sentenciados á pena de interdicción civil, procederá sin pérdida de momento á estas dos cosas, por el orden en que las enumeramos: 1.º, proveer al cuidado de dichas personas y de sus bienes muebles hasta el nombramiento y toma de posesión del tutor, cuando por la ley no haya otras encargadas de esta obligación (art. 203); 2.º, ordenar la constitución del consejo de familia, conforme al presente artículo.

Repárese bien la intención y alcance de la ley: si el Ministe-

rio público ó el juez municipal *tuvieren conocimiento* de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona comprendida en aquellas categorías para quienes se ha instituído la tutela... De modo que no han de guardar precisamente á que les requieran á ello el tutor testamentario ó los parientes ó vocales enumerados en el presente artículo: basta que tengan conocimiento del hecho, directamente ó por referencia de cualquier sujeto, sea deudo ó extraño del menor ó incapacitado, para que deban inmediatamente interponer su autoridad en la forma dicha, el uno promoviendo y el otro ejecutando, y se hagan responsables, cuando lo demorasen sin causa, de los daños que por su malicia ó por su negligencia se ocasionaren.

La obligación de poner en conocimiento de la autoridad los hechos que dan lugar á las tutelas, es una obligación natural, y alcanza por igual á todos, extraños ó parientes; pero el Código se ha limitado á *admitirla* en aquéllos cuando buenamente quieran cumplirla, y á *exigir* su cumplimiento de éstos, sancionándola con un castigo. Todo ciudadano, aunque no esté personalmente interesado en una tutela, tiene acción para reclamar la intervención del magistrado municipal, y aun para exigirle la responsabilidad que sea procedente, por tratarse de un interés que hoy, como en tiempo de Roma y de las Partidas, está conceptuado de *quasi publicum*. Muy expresivamente el Proyecto de Código civil de 1851, al ordenar á los alcaldes que procediesen á la formación del consejo de familia, añadía «sea de oficio ó por *acción* fiscal ó *popular*» (art. 194), que es lo que el Código civil francés expresa, diciendo: «toda persona está autorizada para denunciar al juez de paz el hecho que dé motivo al nombramiento de un tutor» (art. 406). Pero ni aquél lo imponía, ni lo impone éste como deber legal, ni castigan la omisión ó abstención. Más práctico el Código civil de Portugal, previene que «cuando fallezca alguna persona cuyos herederos sean menores, ausentes ó incapaces de administrar sus bienes, estará obligado el que quede como cabeza de familia ó cualquiera persona que habite en la casa donde ha ocurrido la defunción á dar parte de

ésta en un plazo de diez días al curador de huérfanos, bajo pena de 5.000 á 100.000 reis» (art. 189). El Código civil de Servia, de 1844, va más lejos que todos, como cumplía á un país donde impera tan estrecha solidaridad comunal: el deber de dar conocimiento á la autoridad de los hechos que traen consigo la necesidad de una tutela, se impóne «á los parientes más próximos, á los amigos, á los vecinos y á los párrocos», bajo pena de indemnizar los perjuicios causados por su negligencia al menor (art. 158).

Esto mismo viene á ser lo que rige en España en materia de defunciones. Están obligados á dar parte de ellas á la autoridad judicial, para que se prevenga el juicio de abintestato, el dueño de la habitación en que ocurra el fallecimiento, ó cualquiera otra persona en cuya compañía viviera el que haya muerto sin testar y sin parientes dentro del cuarto grado, bajo la responsabilidad de la pérdida ó extravío que sufran los bienes (art. 963 de la ley de Enjuiciamiento civil). También deben dar parte, por escrito ó de palabra, al juez municipal del término donde hubiere ocurrido el fallecimiento, «los parientes del difunto, ó los habitantes de la misma casa, y en su defecto los vecinos, siendo mayores de edad»; «cuando el fallecimiento hubiere ocurrido fuera del domicilio del difunto, tendrá obligación de dar el parte la persona que se halle al frente de la casa donde aquél hubiese tenido lugar, debiendo en su defecto darlo los demás habitantes ó vecinos mayores de edad» (art. 76 de la ley del Registro civil y 62 de su reglamento). Entre las circunstancias que han de figurar en la inscripción del fallecimiento, al tenor del art. 79, párrafo tercero de dicha ley, deben procurar los que dén el parte hacer constar la edad de los hijos del difunto, ó, por lo menos, si son mayores ó menores de edad, si se hallan en estado de incapacidad, etc. Basta esto para que quede constituído el juez municipal en el deber de promover inmediatamente, de oficio, la formación del consejo de familia.

Esto, por regla general. Tratándose de interdictos, dispone el Código en su art. 228 que, tan luego como sea firme la sen-

tencia en que se haya impuesto la pena de interdicción, «el Ministerio fiscal pedirá el cumplimiento de los arts. 203 (proveer al cuidado de la persona del interdicto y de sus bienes muebles) y 293» (formación del consejo de familia). A este efecto, está prevenido á los fiscales de las Audiencias que, «tan luego como fuere firme una sentencia en que se imponga la pena de interdicción civil á una persona que no estuviere sometida á la patria potestad ó ya sujeta á tutela, y á quien por ello deba darse tutor, ordenarán al fiscal municipal del domicilio del reo que promueva la formación del consejo de familia, á fin de que por éste se constituya la tutela que procediere, ya legítima, ya dativa, encargándole que le dé parte de quedar constituída» (1).

La obligación que impone el párrafo segundo del art. 293 á los tutores testamentarios, á los parientes llamados á la tutela legítima y á los que por la ley son vocales del consejo de familia, de poner en conocimiento del Juez municipal el hecho que dé lugar á la tutela en el momento que lo supieren, responde á la prontitud y urgencia con que debe proveerse al menor ó incapacitado de consejo de familia, amparo y garantía de la persona é intereses de aquél, por lo cual, ya se atienda al sentido gramatical de la frase adverbial que usa la ley, ya al fundamento legal que la dictó, el espacio de tiempo que medie entre el momento en que las indicadas personas tengan noticia del hecho que determina la tutela, y el en que cumplan el precepto de la ley, ha de ser tan próximo é inmediato como aconseja la prudencia del hombre más escrupulosamente exacto en el cumplimiento de sus obligaciones. (Sentencia de 1.º de Mayo de 1894.)

---

(1) *Circular del Fiscal del Tribunal Supremo*, fecha 8 de Mayo de 1889, dirigida á los Fiscales de las Audiencias, sobre los deberes que impone al Ministerio fiscal el Código civil.

II

Sanción de este precepto: carácter de la personalidad.

El juez municipal que tenga noticia, ora directa y personal, ora por denuncia, comunicación ó instancia del fiscal ó de otra cualquiera persona, de que en el territorio de su jurisdicción existe alguno de los sujetos á quienes, según la ley, ha de proveerse de tutor, y descuide la reunión del consejo de familia, queda responsable de los daños y perjuicios que por su negligencia sufriere el menor ó incapacitado (art. 232 del Código, en relación con el 203 y el 293).—El fiscal municipal que sepa ó á cuyo conocimiento llegue alguno de los hechos que dan lugar á la tutela, y no pida al juez del distrito la inmediata constitución del consejo de familia, es responsable de los daños y perjuicios que por tal causa sobrevengan al menor ó incapacitado (así resulta del art. 293, en relación con el 228, como de la analogía con el caso del juez municipal: siendo común la obligación, común debe ser también la pena).—El tutor testamentario, los parientes llamados á la tutela legítima y los que por la ley son vocales del consejo de familia, que tuviesen noticia del mismo hecho y dejen de comunicarlo al juez municipal, son responsables de la indemnización de daños y perjuicios ocasionados por esta omisión al menor incapacitado (art. 293).

Cuando sean dos ó más los que tengan noticia del hecho y se abstengan de comunicarlo ó de pedir ú ordenar la constitución del consejo, habrá lugar á dudar si la responsabilidad en que han incurrido es solidaria ó subsidiaria; si puede dirigirse la acción contra uno cualquiera de ellos ó ha de observarse un cierto orden de prelación. El Código civil italiano ocurrió á la dificultad, declarando que «el tutor testamentario, el tutor legítimo y los parientes que con arreglo á la ley forman parte del consejo de familia, deben dar cuenta al pretor (juez municipal) del hecho originario de la tutela, bajo pena de pagar *solidaria-*

mente todos los daños que su omisión ocasionase» (art. 250).—El Código de la Luisiana de 1824 optó, al revés, por la responsabilidad *subsidiaria*, previniendo que sea exigida «de los parientes por el orden en que son llamados á la sucesión del menor, de suerte que ninguno de ellos viene obligado sino en caso de insolvencia de aquél ó aquellos que le precedan en la serie, ni es tampoco solidaria entre los parientes llamados á suceder en el mismo grado. La acción para hacer efectiva dicha responsabilidad ha de ejercitarla el tutor en término de un año, contado desde el día en que se le defirió el cargo; si la dejare prescribir, se constituye él en responsable para con el menor por toda la cuantía de los daños que por tal causa hubiere éste sufrido» (arts. 292-293). El criterio en que está inspirada esta regla nos parece aceptable, dado que las responsabilidades, como las obligaciones de carácter civil, por punto general, no se reputan solidarias, á no constar expresamente esta cualidad (Código civil, art. 1137; Cód. penal, art 127, etc.). Parece, pues, que habrá de seguirse en el ejercicio de la acción de responsabilidad el siguiente orden:

1.° El juez municipal, designado en primer término por el artículo 293.

2.° El fiscal municipal, que en el mismo le sigue.

3.° El tutor nombrado en testamento, aunque no acepte ó se excuse de aceptar el cargo, y siendo varios, por el orden estatablecido en el art. 209. Seguramente por un olvido no fué redactado el 293, como tampoco el 237, núm. 11, diciendo: «el tutor *y el protutor* testamentarios», etc., según procedía en buena lógica; pero el hecho es que no lo dice, y por consiguiente, el protutor testamentario no resulta obligado *como tal* á promover la constitución del consejo en el caso del art. 293, ni le alcanza la responsabilidad en el mismo estatuída. Tratándose de la constitución del consejo, no podía imponerse esa obligación más que al tutor y al protutor nombrados en testamento, porque la elección de los demás no puede verificarse hasta después de quedar aquél constituído.

4.º Los parientes llamados á la tutela legítima, por el orden establecido en los arts. 211, 220 y 227, sin excluir los padres, en el caso de que se trate de incapacitados mayores de edad.

5.º Los que *por ley* son vocales del consejo de familia, según el orden prevenido en el art. 294 en relación con el cap. 4.º del título 3.º del libro 3.º sobre sucesión intestada. No vienen comprendidos en esta categoría los amigos de los padres, aun en el caso de que falten parientes, por ser personas indeterminadas hasta el instante del nombramiento, y porque no entran, en su caso, en el consejo en concepto de vocales *legítimos*, sino de dativos.

III

Casos exceptuados de la prescripción contenida en este artículo.

El art. 293 se refiere tan sólo al caso de menores incapacitados cuya tutela se haya promovido ó se promueva después que empezó á regir el Código que estamos comentando. En su virtud, no están obligados los jueces y fiscales municipales á proceder de oficio al nombramiento del consejo de familia en los casos siguientes (reglas 8.ª, 9.ª y 10.ª de las disposiciones transitorias del Código):

1.ª Cuando la tutela ó curatela estaba ya constituída en 1.º de Mayo de 1889 y el tutor ó curador habían empezado en aquella fecha á ejercer su cargo.

2.ª Cuando la tutela ó curatela estaba pendiente de constitución en aquella fecha, y se constituyó, por tanto, con arreglo á la legislación anterior.

Así, pues, aun cuando los jueces ó fiscales municipales tengan noticia de que en el territorio de su jurisdicción existe alguna de las personas menores ó incapacitadas á que se refiere el art. 200, como sepan ó resulte que se les dió tutor ó curador con arreglo á la legislación anterior, se abstendrán de toda iniciativa, no procediendo á la constitución del consejo de familia sino á instancia de parte legítima: la acción pública no se da en

este caso. Pueden instar dicha constitución las personas que tengan derecho á formar parte de él, esto es, los parientes, y, caso de no haberlos, los amigos, además del tutor ó curador ya en ejercicio. Estos últimos tendrán que promoverlo por necesidad, cuando hayan de ejecutar algunos de los actos enumerados en el art. 269, respecto de los cuales necesitan autorización del consejo de familia, lo mismo que los tutores á quienes se ha deferido ó defiera el cargo conforme al nuevo Código (disposiciones transitorias 8.ª y 9.ª).

Conceptuamos á los amigos parte legítima para promover la constitución del consejo de familia, en defecto de parientes, no obstante haberlos considerado exentos de la obligación de denunciar á la autoridad judicial el hecho que da lugar á la tutela, porque el art. 293 dice que dicha obligación alcanza á «los que *por ley* son vocales del consejo», y añade que «el juez municipal citará las personas *que deban* formar el consejo», entendiendo, sin duda, referirse en esto así á las personas llamadas por la ley, como á las que, en defecto de ellas, ha de nombrar el juez entre los amigos de los padres: la disposición 10.ª de las transitorias previene que, en la hipótesis de las reglas 8.ª y 9.ª, no se proceda al nombramiento del consejo «hasta que lo solicite alguna de las personas *que deban* formar parte de él»; la exposición de 30 de Junio de 1889, que sirve de preámbulo al Código, traduce este concepto por personas *que tengan derecho* á formar parte del consejo»; y es obvio que los amigos tienen derecho á ser nombrados vocales de él cuando no hay suficiente número de parientes.

IV

Citación: en qué forma debe hacerse: circunstancias que ha de expresar.

No señalando, como no señala, el Código civil forma especial para practicar las citaciones, ni autorizando expresamente las verbales y por carta, hay que aplicar las reglas generales esta-

blecidas por la ley de Enjuiciamiento civil para todos los asuntos en que interviene la autoridad judicial, tanto respecto de las personas que residen dentro de la población donde la junta ha de celebrarse (artículos 270 y 271, en relación con el 262 y siguientes, 278 y otros de dicha ley), como respecto de las que residen en población distinta (artículos 277 y 285 y siguientes de la propia ley relativos á los exhortos). Así lo estatuyó en su artículo 1923, complemento obligado de la disposición sustantiva que ahora estamos comentando: «Mandará el juez convocar á junta de parientes, disponiendo al efecto que se cite para el día, hora y local en que haya de celebrarse, á los que deban concurrir á ella; y que se libre para citar á los que no residan en la población los exhortos necesarios, para que comparezcan por sí ó por medio de apoderado especial, bajo apercibimiento de que la falta de asistencia, sin causa legítima que la excuse ó impida, será penada con la multa que fijará, sin que pueda exceder de 50 pesetas».—Ya veremos al comentar el art. 304, cómo debe citarse á los vocales del consejo, una vez esté constituído.

La cédula de citación habrá de expresar las circunstancias siguientes:

1.ª Nombre y apellidos de la persona á quien se haga la citación y concepto en que se la cita, tal como ascendiente, descendiente, hermano, cuñado, pariente en *tal* grado del menor ó incapacitado, ó amigo de sus padres.

2.ª Objeto de la citación, que será uno de los siguientes: *a)* constituir el consejo de familia para la tutela del menor ó incapacitado F. de T., al tenor del art. 293, ó, en su caso, de la regla 10 de las disposiciones transitorias del Código:—*b)* constituirlo para decidir sobre la solicitud de licencia que el menor F. de T. deduce para contraer matrimonio, de conformidad con los arts. 45 y 46:—*c)* constituirlo para resolver sobre el beneficio de la mayor edad que solicita el menor huérfano F. de T., con arreglo al art. 322:—*d)* constituirlo al efecto de autorizar al tutor F. de T., nombrado antes de 1.º de Mayo de 1899, para que ejecute alguno de los actos enumerados en el art. 269, al

tenor de la regla 8.ª de las disposiciones transitorias del Código, etc. En todo caso, será conveniente expresar en la cédula que en dicha reunión habrán de alegarse las excusas y se elegirá la persona que ha de presidir el consejo. La convocatoria no puede extenderse á otros objetos sustantivos en que ha de entender el consejo, una vez constituído, tal como nombramiento ó reconocimiento del tutor, porque respecto de ellos es incompetente el juez.

3.ª La prevención de que ha de comparecer necesariamente en persona ó por apoderado especial, bajo la pena señalada en el art 300 del Código, no bastando carta ni recado verbal, aunque medien motivos de excusa. Exceptúase el caso en que la razón de excusarse sea su residencia fuera del radio de 30 kilómetros (art. 297), que entonces bastará que lo manifieste por comparecencia ante el Juez exhortado al hacérsele la citación. Convendrá también expresar en la cédula de citación los nombres y apellidos de todas las personas citadas, á fin de evitar que se apoderen unas á otras y resulte inútil el apoderamiento, no pudiendo, como no pueden, representar á nadie los que concurren por sí á la reunión (art. 300).

4.ª Designación del sitio en que la reunión ha de tener lugar. El proyecto del Código civil de 1851 puntualizaba algo este detalle: «en la casa morada del alcalde, si éste no designa otro local» (art. 199). Esa es la regla, aunque el Código que comentamos guarde silencio á tal respecto. Lo ordinario será que el juez cite en el local del juzgado, si lo tiene especial, ó en su casa; pero puede designar otro más cómodo ó más céntrico, en beneficio de los vocales, v. gr., cuando se trata de un distrito municipal muy diseminado en aldeas, ó la habitación de uno de los individuos convocados que esté enfermo ó impedido, etc. La ley le deja entera libertad; mas deberá hacer uso de ella con gran prudencia, respetando repugnancias y susceptibilidades que á las veces dividen á los miembros de una familia y podrían dificultar la pronta constitución del consejo.

5.ª Día y hora en que ha de celebrarse la reunión. La ley

de 20 de Junio de 1862 sobre el consentimiento y consejo paterno para contraer matrimonio, prevenía (art. 7.º), tomándolo del proyecto de Código civil de 1851 (art. 411), que se celebrase la reunión «dentro de un *término breve*, que se fijará *en proporción á las distancias*». El Código civil no ha prohijado por palabras expresas este criterio latísimo; pero tampoco lo rechaza ni sustituye por otro alguno, y antes bien lo da por supuesto, pues no podría sin él tener cumplimiento lo prescrito en el art. 297. La legislación civil de Francia ha creído deber fijar un mínimum, que conviene sea conocido del juez español: «El juez de paz (municipal) determinará en cada caso el día en que ha de celebrarse la junta, pero sin que en ningún caso medien entre él y la citación menos de tres días cuando todas las partes residan en el distrito ó dentro de un radio de dos miriámetros; si alguna de ellas residiera á mayor distancia, se aumentará dicho plazo de tres días con uno más por cada cinco miriámetros» (art. 411 del Código civil, modificado por la ley de 3 de Mayo de 1862). El Código del Valais adoptó los mismos plazos, pero facultando al juez para prescindir de ellos en caso de urgencia: «*Hors le cas d'urgence, il y aura au moins trois jours d'intervalle*, etc.» (artículo 196). El juez español debe tener en cuenta para fijar día los medios de comunicación, el mayor ó menor apremio de la junta, la época del año en que la convocatoria se hace, á veces, aun la edad de los convocados; pues no puede ser igual el plazo cuando se dispone de ferrocarril que cuando hay que viajar por senderos de montaña, en verano, que en época de nieves, etc. En un caso semejante, el Proyecto de 1851 daba á los vocales del consejo un día por cada *seis leguas* de distancia (art. 213): en los juicios verbales, la ley de Enjuiciamiento civil quiere que medie entre la citación y la celebración de la comparecencia un término de uno á seis días y uno más por cada *veinte kilómetros* de distancia (art. 726). En nuestro caso, el arbitrio judicial deberá moverse, por punto general, entre esos dos límites, tomando como medida típica en circunstancias ordinarias el radio legal de *treinta kilómetros* (art. 297 del Código), que en la in-

tención del legislador parece representar un día de camino.

Para juzgar de la validez de las citaciones, conviene tener presente que es aplicable la regla del art. 279 de la ley de Enjuiciamiento civil: «Serán nulas las notificaciones, citaciones y emplazamientos que no se practicaren con arreglo á lo dispuesto en esta sección. Sin embargo, cuando la persona notificada citada ó emplazada se hubiese dado por enterada en el juicio, surtirá desde entonces la diligencia todos sus efectos, como si se hubiese hecho con arreglo á las disposiciones de la ley.»

V

Personas que deben ser citadas.

«El juez municipal (dice el Código) citará á las personas que deban formar el consejo de familia.»—Son éstas: 1.º, las que hubieren designado el padre ó la madre en su testamento; 2.º, si no designaron ninguna ó designaron sólo una ó dos, todos los ascendientes y descendientes varones, hermanos y maridos de hermanas vivas del menor ó incapacitado, que el padre ó la madre, en su caso, no hubieren excluído del cargo en su testamento; 3.º, si no los hay ó son menos de cinco, los parientes varones más próximos, de cualquier línea que sean, no excluídos por los padres; 4.º, si no hay bastantes parientes dentro del sexto grado para completar dicho número de cinco, amigos de los padres, no excluídos por éstos, hasta el mismo número.

Para determinarlas—fuera del caso en que haya nombrados vocales testamentarios para el consejo (art. 294)—los jueces y fiscales municipales utilizarán el conocimiento personal que tengan de las circunstancias concurrentes en el hecho que da lugar á la tutela, parentesco, relaciones y amistades de los padres, etc.; recogerán los informes que puedan en la vecindad, explorarán al menor, si se halla en disposición de suministrar algunos datos acerca de sus parientes; á igual efecto, mandarán comparecer á la persona que hubiere dado conocimiento del hecho; y en vista de todo formarán la lista de personas que han de ser cita-

das á junta para constituir el consejo. La persona que interese esta constitución, conviene que manifieste desde luego en su escrito ó en su comparecencia quiénes son y dónde residen los parientes del menor ó incapacitado ó los amigos más íntimos de sus padres. Por punto general —sobre todo en las poblaciones crecidas—tendrá que atenese el juez, para su primera citación, á los informes que dicha persona solicitante ó denunciante le suministre, sin perjuicio de rectificar la lista en la primera junta con los nuevos datos que los concurrentes á ella vayan allegando (1).

Si ha de citarse por necesidad á todos los parientes y afines comprendidos en la anterior enumeración, cualquiera que sea la distancia á que se encuentren del lugar, y aunque residan en el extranjero, ó en el Golfo de Guinea, es tema de suma gravedad, que discutiremos al comentar el art. 297.

En todo caso, siendo mayor de catorce años el sujeto a tutela, debe citársele también, á fin de que el juez pueda tomar en cuenta sus indicaciones con respecto á las personas que deban ser nombradas vocales del consejo. Véase nuestro comentario al artículo 308.

VI

Juez competente para constituir el consejo.

Entre las varias cuestiones que suscita el artículo que estamos comentando, es acaso ésta la más importante. «Si el Minis-

---

(1) Ese criterio consagra la ley de Enjuiciamiento civil. Si el recurrente no hubiese designado los nombres de sus ascendientes, hermanos varones y maridos de sus hermanas que han de comparecer á la junta, se le requerirá para que lo haga en el acto. Igual requerimiento se le hará para que manifieste el nombre de los parientes más próximos de ambas líneas en el caso de que los expresados no lleguen á cuatro (cinco ahora); y en el que ni aun con éstos pueda completarse el expresado número, para que diga quiénes eran los vecinos honrados que hubiesen sido amigos de sus padres (art. 1926). «El juez elegirá entre las personas expresadas en el artículo anterior, las que deban componer la junta...» (art. 1927).

terio público ó el juez municipal, dice el artículo, tuvieren conocimiento de *que existe en el territorio de su jurisdicción* alguna de las personas á que se refiere el art. 200, etc.» ¿Qué alcance jurídico tiene aquí la palabra *existir?* ¿En qué lugar ha de constituirse el consejo de familia? O lo que es igual: ¿qué juez es competente para ordenar esa constitución?

El art. 297 da por supuesto que el consejo se ha de formar en el juzgado en que deba radicar la tutela; mas esto no resuelve el problema, y antes bien presupone su solución, porque ¿en qué juzgado radica, ó mejor dicho, ha de radicar la tutela? El artículo 203 previene á los jueces municipales «del *lugar en que residan las personas sujetas á tutela* que provean al cuidado de éstas y de sus bienes muebles hasta el nombramiento de tutor...» Más expresivo es esto; pero todavía no mata la dificultad, porque ese oficio de protección, confiado por necesidad en el primer momento al juez del lugar donde reside ó se encuentra, siquiera sea accidentalmente, la persona desvalida, es independiente de lo que luego haya de acordarse en punto á tutor, á protutor y á consejo de familia en el lugar en que haya de radicar la tutela y por el juez competente para constituir el consejo. Las disposiciones que regularon esta materia en España antes del Código, prevenían la duda empleando un vocablo de conocida significación en derecho. Tal es: 1.º, la ley de 20 de Junio de 1862, sobre consentimiento y consejo paterno para contraer matrimonio, artículo 8.º; «la junta de parientes será convocada y presidida por el juez de primera instancia *del domicilio* del huérfano, etc.» (conforme con el art. 4.º de la misma ley y confirmado en los artículos 1925 y 1935 de la de Enjuiciamiento civil de 1881); 2.º, el reglamento de 3 de Septiembre de 1880 sobre propiedad literaria, art. 46: «el consejo de familia se compondrá del alcalde *del domicilio* del heredero y de los cuatro parientes varones más allegados á éste, etc.» (conforme con el art. 191 del proyecto de Código civil de 1851, del cual es este casi una transcripción. Si vale interpretar por estos precedentes, resultará: que el verbo *residir* del art. 203 del Código ha de tomarse en su sentido vul-

gar, como sinónimo de *existir*, y, por el contrario, el verbo «existir» del art. 293 ha de entenderse como *residir* en su sentido técnico (arts. 11 y 12 de la ley Municipal de 1877). El primero comprendería así residentes como transeuntes: el segundo excluiría á estos últimos y vendría á ser sinónimo de domiciliados (1).

Fuera de España se nos brindan dos opuestos criterios, representados fundamentalmente por la jurisprudencia de Francia y por el Código civil de Italia.—Los comentaristas franceses, en su gran mayoría, Bloechel, Toullier, Delvincourt, Duranton, Magnin, Valette, Taulier, De Fréminville, Demolombe, Zachariæ, Daniels, Aubry Rau, etc., con más ó menos reservas y distingos, vienen á sentar la siguiente regla, que parece consagrada por la jurisprudencia más constante de aquellos tribunales: «el consejo de familia debe formarse siempre, cualquiera que sea el motivo ú objeto de sus reuniones, *en el cantón donde el menor tenía su domicilio al tiempo de abrirse la tutela*: el juez de tal cantón es el único competente para convocarlo y presidirlo, y esto, aunque el domicilio del tutor en ejercicio resulte ser distinto del domicilio originario del menor»: luego ese primer domicilio de la tutela es fijo é invariable. Tal regla resulta de interpretar los artículos 406 y 407, 405 y 421 del Código civil francés con el criterio del mayor interés del menor, el cual se opone, por punto general, á que el tutor pueda hacer variar á su antojo la composición del consejo de familia trasladando sucesivamente su domicilio á lugares diferentes».—El Código civil italiano recurre para determinar la competencia judicial á otro principio «al empezar la tutela se constituye un consejo de familia, permanente por toda la duración de la misma, presidido por el pretor *del distrito en que se encuentre el centro principal de los negocios del menor*» (art. 249) (2).

---

(1) Confirma esta interpretación el art. 175 del Proyecto de 1851, que es el que corresponde al 268 del Código. «Si al deferirse la tutela, se encuentra el menor *fuera de su domicilio*, el alcalde del pueblo en que se hallare hará inventariar y depositar los bienes que el menor tenga en su poder y oficiará al alcalde *del domicilio*, remitiéndole un testimonio de estas diligencias».

(2) El Código de la Luisiana, art. 269, declara asimismo competente al

Nuestra ley de Enjuiciamiento civil admite entrambos criterios respecto de la constitución de la tutela y curatela: «en el nombramiento y discernimiento de los cargos de tutores ó curadores para los bienes y excusas de estos cargos, será juez competente el *del domicilio del padre ó de la madre* cuya muerte ocasionare el nombramiento, y en su defecto el del *domicilio del menor ó incapacitado, ó el de cualquier lugar en que tuviere bienes inmuebles*» (regla 17 del art. 63). ¿Cabe aplicar esta regla á nuestro caso?

La cuestión entraña suma gravedad, y aún puede ser vital para los menores, porque la composición del consejo de familia depende del lugar donde se constituya. Si se consagra en la ley como criterio invariable y único el lugar del domicilio, puede suceder que el consejo de familia se constituya donde menos convenga á los menores. Al quedar huérfano uno de éstos, su domicilio legal es el mismo que tenía cuando falleció el padre ó madre sobreviviente (art. 155 del Código civil, en relación con el 64 de la ley de Enjuiciamiento civil). Imagínese el caso tan frecuente de fallecer el padre siendo empleado, militar, comisionista, etc., lejos de su país natal, donde viven sus parientes, donde tiene quizá su patrimonio: ¿se formará el consejo de familia para los hijos en la población donde tenía su domicilio legal, con amigos de la víspera, empleados como él, que al día siguiente serán trasladados, ó con personas extrañas é indiferentes, privando al menor ó incapacitado de la natural protección de sus parientes, quienes no han de ir á constituirse allí desde el otro cabo de la Península? Sería subordinar lo general á lo particular, la esencia al accidente.

Otro tanto puede decirse del principio en que está inspirado el Código civil italiano («lugar donde se encuentre el centro de los negocios del menor»), y aun también de su análogo en la ley de Enjuiciamiento civil española (lugar en que el menor tuvie-

---

juez de la parroquia del domicilio del menor, y si éste no reside dentro del Estado, el juez de la parroquia del lugar donde estén situados los principales bienes de aquél

re bienes inmuebles»); lo mismo que el anterior, es éste un criterio relativo, y ni el uno ni el otro pueden ser elevados, en ley de razón, á categoría de regla general, sometiendo á un patrón único la infinita variedad de casos dados en la vida. El domicilio de la tutela no puede determinarse *á priori*, por una ley, atendiendo á un solo elemento, sino concretamente en cada caso, tomando en cuenta todas las circunstancias que concurren en él y lo distinguen de los demás; el domicilio último de los padres, la naturaleza de la industria, comercio ó profesión que ejercían y que el menor ha de continuar ó no, la situación de los inmuebles que posea, la residencia de sus parientes, el domicilio del tutor, la carrera ú oficio emprendido por el huérfano, la clase de incapacidad que padece el sujeto á tutela, las prevenciones ó recomendaciones hechas por los padres en su testamento, etc. Racionalmente no puede hacer otra cosa la ley que señalar estos elementos de juicio á la autoridad judicial, para que determine en cada caso de orfandad ó de incapacidad, el lugar donde debe radicar la tutela y constituirse el consejo de familia.

Por la legislación anterior, la tutela se ejercía sólo por el tutor, y era cosa fácil domiciliarla: «el domicilio de los menores ó incapacitados sujetos á tutela ó curatela, dice la ley de Enjuiciamiento civil, art. 64, es el de sus guardadores». Mas hoy personifican la tutela tres entidades distintas, entre las cuales se hallan repartidas, sin posible sustitución, todas sus funciones: el tutor, el protutor y el consejo de familia. Constituída ya y en ejercicio la tutela, puede suceder que estas tres personalidades, que tenían un domicilio común, hayan de abandonarlo y tomar direcciones encontradas: por necesidad el menor habrá de seguir á una de ellas ó á ninguna: á las tres imposible. Pues no es otro el caso antes de haberse constituído la tutela, cuando el testamento ó la ley, ó los dos combinados, llaman al ejercicio de aquellos cargos personas de distintos domicilios: será preciso decidir previamente sin son compatibles, no obstante la separación, y caso negativo, cuál de ellos es el que ha de sacrificarse. Lo repetimos: como no posee la ciencia un principio para deter-

minar *a priori* la edad en que principia el discernimiento, y con él la responsabilidad criminal, no posee un principio general que abarque todos los casos posibles en punto á determinación del domicilio de la tutela, y es fuerza encomendarla al arbitrio judicial, como en parte ha hecho el Código civil italiano, artículo 249, § 2.º

La generalidad del verbo *existir* que, según hemos visto, usa nuestro Código, consiente una interpretación lata, que abre en parte camino á la precedente doctrina. Pero mientras no introduzca el legislador, en ulteriores reformas del Código ó en la ley de Enjuiciamiento civil, reglas más concretas para determinar la competencia del juez que haya de constituir el consejo de familia, creemos que deben observarse las que se establecen en la regla 17 del art. 63 de dicha ley. Será, por tanto, competente para constituir dicho consejo y para lo demás que ordena el artículo 293 que estamos comentando, en primer lugar, el juez municipal del domicilio del padre ó de la madre, cuya muerte ocasionare la constitución de la tutela; en su defecto, el del domicilio del menor ó incapacitado, y á falta de dichos domicilios, el de cualquier lugar en que tuviere bienes inmuebles el sujeto á tutela.

En este sentido se ha decidido la jurisprudencia al declarar competente para la constitución del consejo de familia la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Marzo de 1894, al Juez del domicilio del padre ó madre cuya muerte ocasione la formación de aquél.

Sin embargo, habrá de guardarse y cumplirse con preferencia lo que el padre, ó la madre en su caso, hubieren ordenado en su testamento. Si determinaron el lugar donde quieren que radique la tutela, el juez municipal de ese lugar será el competente para ordenar la constitución del consejo de familia. Estando, como están, facultados los padres de menores ó incapacitados para nombrarles tutor, protutor y consejo de familia, no puede negárseles igual facultad para señalar el lugar más conveniente á su desenvolvimiento, á su curación ó á su prosperidad.

Declara aplicable á Cataluña el art. 293 del Código la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Junio de 1894.

ARTÍCULO 294

El consejo de familia se compondrá de las personas que el padre, ó la madre en su caso, hubiesen designado en su testamento, y, en su defecto, de los ascendientes y descendientes varones, y de los hermanos y maridos de las hermanas vivas del menor ó incapacitado, cualquiera que sea su número. Si no llegaren á cinco, se completará este número con los parientes varones más próximos de ambas líneas paterna y materna; y, si no los hubiere, ó no estuvieren obligados á formar parte del consejo, el Juez municipal nombrará en su lugar personas honradas, prefiriendo á los amigos de los padres del menor ó incapacitado.

Si no hubiere ascendientes, descendientes, hermanos y maridos de las hermanas vivas, el Juez municipal constituirá el consejo con los cinco parientes varones más próximos del menor ó incapacitado, y cuando no hubiere parientes en todo ó en parte, los suplirá con personas honradas, prefiriendo siempre los amigos de los padres.

ARTÍCULO 295

En igualdad de grado será preferido para el consejo de familia el pariente de más edad.

Comprende el primero de estos artículos, según vimos en la introducción al presente título del Código, dos partes fundamentales:

1.ª Reconocimiento de la *libertad* que tienen los padres de nombrar vocales para el consejo de familia, como la tienen de nombrar tutor y protutor. Daremos á este consejo el nombre de *testamentario*.

2.ª Fórmulas *supletorias* con arreglo á las cuales ha de constituirse dicho consejo, en el caso de que los padres no hayan de-

signado vocales hábiles en número suficiente, ó de que, nombrados, no hayan querido aceptar. El art. 294 llama en este caso á ciertos y determinados parientes, y en su defecto, ó para completarlos, faculta al juez municipal para que constituya el consejo con vocales de su elección. A imitación de lo establecido para las tutelas, tenemos también consejo de familia *legítimo* y *dativo*.

Estas fórmulas están igualmente admitidas en algunos Códigos extranjeros, mas no con carácter supletorio, sino como obligatorias é irrenunciables, no siéndoles lícito á los padres llamar al consejo personas distintas de las designadas por la ley. Ya hemos visto que es esto lo que principalmente distingue el consejo de familia español del de todos los demás países.

Del principio que sirve de base á la distinción entre derecho obligatorio y derecho supletorio, se deduce que el consejo *testamentario* tiene respecto del *legítimo* preferencia absoluta é incondicional, así como éste la tiene también respecto del *dativo*, y como consecuencia, que si después de haberse constituído cualquiera de estos dos últimos y hallarse ya en funciones, apareciere el nombrado por los padres, debe en el mismo instante disolverse, entregando al juez municipal, para que las ponga á disposición del nuevo consejo, las actas y demás antecedentes de la tutela que obren en su poder. Así resulta, además, del artículo 210, aplicable por analogía á la materia del consejo.

Como doctrina general sobre constitución del consejo de familia, declara la sentencia de 14 de Noviembre de 1904 que, en defecto del expediente original, puede probarse esa constitución por otros medios.

Para evitar confusiones, dividiremos el comentario de este artículo en dos secciones, correspondiente la primera al consejo estatuído por los padres, y la segunda al consejo supletorio, determinado por la ley para el caso de que aquéllos no lo hubieren designado, ó sea al legítimo y al dativo.

SECCIÓN PRIMERA

DEL CONSEJO DE FAMILIA TESTAMENTARIO

I

Actos de última voluntad en que los padres pueden nombrar vocales del consejo.

«El consejo de familia (dice el artículo que comentamos) se compondrá de las personas que el padre, ó la madre en su caso, hubieren designado *en su testamento*.» ¿Valdrá la designación hecha en capitulaciones matrimoniales? El art. 1315 da á entender que en estas capitulaciones sólo cabe estipular condiciones de la sociedad conyugal relativamente á los bienes; pero también del testamento dice que es el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes ó de parte de ellos (art. 667), y sin embargo, admite que se puedan designar en testamento las personas que han de componer el consejo de familia, que se haga el reconocimiento de hijos naturales, y sobre otros particulares que nada tienen que ver con las disposiciones sobre los bienes. Además, el art. 1316 autoriza implícitamente á estipular en capitulaciones, antes de celebrarse el matrimonio, cuanto quieran los contrayentes, siempre que «no sea contrario á las leyes ó á las buenas costumbres.» En Aragón las capitulaciones matrimoniales con heredamiento universal tienen carácter y valor de última voluntad, como que habiéndolas otorgado los esposos, ya no mueren intestados aunque no hagan testamento: pues bien, en ellas es donde con más frecuencia se designan las personas que han de componer el consejo de familia para los hijos que los otorgantes tuvieren y quedaren huérfanos durante la menor edad (1).

Por Real decreto de 14 de Noviembre de 1885 se creó en el Ministerio de Gracia y Justicia un Registro general de actos de

(1) *Derecho consuetudinario del Alto Aragón*, Madrid, 1880, págs. 45 y sigs.

última voluntad, en el cual había de tomarse razón «de los testamentos abiertos ó cerrados, codicilos, poderes para testar, revocaciones, retractaciones de éstas, donaciones *mortis causa*, declaraciones de pobreza en que se disponga de bienes que puedan adquirirse en lo sucesivo, y en general, *de todo acto relativo á la expresión ó modificación de la última voluntad* en que intervenga notario..., ó párroco..., ó agente consular» (art. 2.º). La circular de la Dirección general á los decanos de los colegios notariales, fecha 9 de Diciembre del mismo año, previno en su regla 1.ª, que «desde el día 1.º de Enero de 1886, los notarios y curas párrocos ante quienes se otorgue cualquier *acto de última voluntad por el que se instituya ó se disponga de bienes para después de la muerte*, cuidarán, bajo su responsabilidad, de remitir al decano del colegio notarial respectivo la comunicación que previene el art. 5.º del Real decreto anterior.»—Surgió la duda en Cataluña de si venían comprendidos en el concepto del nuevo registro las donaciones y heredamientos universales, prelativos ó preventivos, y las demás donaciones que se hacen en las capitulaciones matrimoniales, y, por tanto, si debía ó no darse parte de ellos por los notarios. En vista del expediente instruído con ese motivo y de las razones alegadas en pro y en contra, se resolvió dicha duda en sentido afirmativo por la Dirección general de los Registros, declarando «que las capitulaciones matrimoniales en que aparezcan los heredamientos llamados universales, y los prelativos y preventivos deben ser comprendidos en los partes y hojas-registros de últimas voluntades á los efectos del citado Real decreto de 14 de Noviembre de 1885.» Esta resolución fué comunicada al Decano del Colegio notarial de Barcelona en 9 de Mayo de 1887.

Hemos invocado estos precedentes para demostrar que en Cataluña, las capitulaciones matrimoniales tienen el carácter y eficacia de testamento para los efectos de las disposiciones *mortis causa* que en ellas se establecen, y, por consiguiente, que deben tenerlo también para lo que se refiera al consejo de familia. Por idéntica razón habrá de entenderse lo mismo respecto de

Aragón y Navarra, y, especialmente, en los puntos donde es costumbre nombrar en esa forma con más ó menos facultades un consejo de familia, como se ha dicho en la introducción de este título. Por estas consideraciones y por lo que se previene en los artículos 12 y 13 del Código, opinamos que los catalanes, aragoneses y navarros que estén en el caso de utilizar ese derecho consuetudinario, podrán seguir designando las personas que han de componer el consejo de familia de sus hijos, no sólo en testamento, sino también en capitulaciones matrimoniales.

Queda en pie la pregunta con respecto á las provincias no aforadas. Aunque pudiera prescindirse del art. 669, por el cual se declaran nulos los testamentos mancomunados, cuyo carácter revisten las capitulaciones matrimoniales en que se acuerda algo para después de la muerte, tendríamos la disposición clara y terminante del artículo que comentamos y la del 298, según los cuales, el nombramiento y exclusión de vocales para el consejo de familia ha de hacerse en testamento; luego es incuestionable que adolecerán de nulidad y no tendrán valor ni eficacia los nombramientos y exclusiones de dicha clase que se hagan fuera de testamento en las provincias y lugares que se rigen por el Código civil.

II

Derecho de nombrar y de excluir; vocales sustitutos; vocales generales y especiales: nombramientos y exclusiones genéricas.

Al padre, y, en su caso, á la madre, reconoce el Código la facultad de influir en la formación del consejo de familia por una doble manera: 1.ª, designando las personas que han de componerlo (art. 294); 2.ª, excluyendo á tales ó cuales parientes, abuelos, hijos, nietos, hermanos, cuñados, primos, etc., que sin esa exclusión serían vocales del consejo por ministerio de la ley, ó á determinados amigos suyos, que sin ser llamados por la ley podrían ser nombrados por el juez (art. 298).

Dicho se está que las dos formas son compatibles entre sí y

que pueden los padres á la vez nombrar á unas personas y excluir á otras en previsión de que las nombradas ó algunas de ellas no acepten ó fallezcan, ó se incapaciten y tenga que recurrir el juez para componer ó completar el consejo á vocales legítimos ó dativos. Para ocurrir á esta eventualidad, será lo más cuerdo designar un cierto número de vocales sustitutos, á fin de que vayan cubriendo por su orden las vacantes de aquellos que por cualquier causa no lleguen á serlo ó lo dejen de ser.

Será lícito asimismo á los padres nombrar, además de los vocales generales, llamados á deliberar sobre todos los asuntos de la tutela, otros especiales que intervengan en asuntos determinados, y no en los demás. Sucederá alguna vez juzgar los padres que sobre tal materia—elección de carrera, colocación de fondos, interposición de demanda, administración de fábrica, etc.—será conveniente oir el consejo de tal ó cual persona, de quien saben ó esperan que aceptará el cargo y concurrirá á la junta siendo por una vez ó para un negocio determinado, pero que no lo aceptaría ó no podría aceptarlo siendo permanente. El art. 274 sugiere á los vocales la idea de asesorarse de letrados en un caso determinado, y es claro que lo mismo podrían hacerlo aunque la ley no se lo advirtiese, y no sólo en el caso que ella prevé, sino en cualquier otro; pues bien, que los padres den voto á esos asesores y quedan convertidos en vocales especiales, puesto que no lo prohibe la ley y podrá ser de gran utilidad para el menor ó incapacitado.

Los hijos para quienes pueden designar sus padres consejo de familia ó excluir de él, son: 1.°, los legítimos y los legitimados; 2.°, los naturales reconocidos; y 3.°, los ilegítimos á quienes se refiere el art. 139 (artículo 206 en relación con el 294 y el 302). No hace falta advertir que para los hijos naturales únicamente puede nombrar consejo el padre ó la madre que los hubiere reconocido; y para los ilegítimos, en quienes no concurra la condición de naturales, el padre ó la madre que hubiere aceptado ó á quien se hubiere impuesto la obligación de alimentarlos.

¿Es inexcusable nombrar personas ciertas, designándolas por sus nombres, ó cabe designarlas en abstracto, con relación al cargo que ejerzan y en contemplación á él? ¿Será válido el nombramiento que los padres hagan, v. gr., «del juez municipal de tal distrito» para presidente ó para simple vocal del consejo? En nuestro sentir, no cabe la menor duda: pueden llamar al juez municipal, lo mismo que al alcalde, párroco ó maestro, entendiéndose siempre que se refieren, como no conste lo contrario, á la persona que ejerza tal cargo al tiempo de instaurarse la tutela y á las que le vayan sucediendo mientras ésta dure. Lo que hay es que no tendrán obligación de aceptar. Rindiendo exagerado tributo al principio de la autonomía de la familia, aparta la ley del ministerio de la tutela á los funcionarios públicos, confiando íntegramente á los parientes y amigos de los padres difuntos la educación del huérfano y el gobierno de sus bienes; pero no podía oponerse ni se opone á que aquéllos depositen, cuando quieran, su confianza en dichos magistrados, funcionarios ó autoridades, como es tan frecuente en el Alto Aragón. Muy conveniente habría sido que la ley impusiera á los jueces municipales y á los alcaldes el deber de aceptar y ejercer el cargo de vocales del consejo, cuando fueran designados por los padres en su testamento.

Caben asimismo las designaciones y exclusiones colectivas y genéricas, tal como, por ejemplo: «Formen el consejo de familia para mi hijo menor F., los cinco parientes más cercanos de la línea paterna, con exclusión en todo caso de los de la materna;» ó bien: «Sea tutor de mi hijo F., Don F. de T., y constituyan el consejo de familia los cuatro parientes varones consanguíneos, más cercanos, de entrambas líneas por mitad (ó dos por cada línea), y el juez municipal que entonces fuere de esta villa, juntos ó su mayor parte.» Esta última fórmula es muy frecuente en el Alto Aragón.

¿Es lícito á los padres delegar en otra persona el nombramiento de vocales del consejo? Resueltamente no; el testamento es un acto personalísimo y no puede dejarse su formación, en

todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario ó mandatario (art. 670); el art. 294 dice que compondrán el consejo «las personas que *el padre*, ó en su caso *la madre*, hubieren designado». El nombramiento de vocales para el consejo ha de regirse por los mismos principios que el de los tutores y protutores (art. 206). Esto no obstante, teniendo en cuenta: 1.°, la facultad de excluir de este cargo que á los padres confiere el art. 298; y 2.°, la facultad que el art. 294 atribuye al juez municipal de elegir libremente vocales entre los amigos de los padres, cuando no los hay testamentarios ni legítimos; opinamos que sería válida la cláusula del testamento por la cual encomendasen los padres al juez, en todo ó en parte, la designación de vocales para el consejo, porque equivaldría á una exclusión implícita y condicional (para el caso de que el juez quisiera nombrarlos) de los vocales legítimos, ó una dispensa de la obligación, que sin eso tendría el juez de observar el orden de proximidad en el parentesco.

III

Limitaciones á este derecho. Si pueden ser nombradas válidamente las mujeres.

El derecho que la ley reconoce á los padres de designar vocales para el consejo, tiene los límites naturales que le impone la naturaleza de la función que está llamado á desempeñar. Serán, por tanto, nulas las designaciones siguientes:

1.ª De las personas declaradas inhábiles por el art. 237. §§ 2.°, 5.°, 8.°, 11, 12 y 13 en relación con el art. 298. Será válido el nombramiento de las personas que litigan con el menor ó le adeudan cantidades de consideración, si los padres lo hicieren con conocimiento del litigio ó de la deuda (art. 237, §§ 9.° y 10). Con igual criterio entendemos que han de resolverse los casos del art. 237, § 4.°, y del art. 307. El nombramiento de un menor sujeto á patria potestad ó á tutela será igualmente nulo (art. 206, § 3.°, y art. 237, § 1.°), á no ser que

se hubiese emancipado ó extinguídose la tutela cuando haya de constituirse el consejo de familia. Del mismo modo creemos que han de resolverse los casos del art. 237, §§ 3.º y 6.º

2.ª De las personas que ejerzan ó deban ejercer los cargos de tutor y de protutor del mismo menor ó incapacitado, pues el artículo 299, al hacer mención de los tutores, protutores y consejo de familia no distingue entre testamentarios y no testamentarios.

¿Pueden formar parte del consejo testamentario las mujeres?—El Código civil francés llama al consejo de familia «á las *viudas* de ascendientes (art. 408); el de Luisiana no excluye de él sino «á los parientes que son menores de edad y á las *mujeres* que están excluídas del derecho de la tutela» (art. 291); el Proyecto de Código civil español de 1851 admitía á las *abuelas* paterna y materna, aunque prefiriéndoles los ascendientes varones (art. 192); y con él el Código civil de Portugal excluye del cargo de vocales del consejo á las *mujeres*, «excepto las que sean *ascendientes* del menor» (art. 234). Recuérdese que en todos ellos se trata de consejo legítimo, esto es, organizado por ministerio de la ley, pues no admiten el testamentario, como ya se ha dicho en la introducción de este título.

Nuestro Código, en el artículo que estamos comentando, excluye cuidadosamente del consejo legítimo á las mujeres («descendientes y ascendientes *varones*», «parientes *varones*», etc.); mas con respecto al consejo ordenado por los padres, se limita á prevenir que se compondrá «de *las personas*» que éstos designaran en su testamento; y como en el calificativo de *personas* están comprendidas las mujeres, lógico es deducir que no las excluye del consejo testamentario, dejando este punto á la discreción del padre. Sin embargo, preciso será aplicar á este caso otras disposiciones del Código que limitan esa facultad del testador.

Según el art. 298, son aplicables á los vocales del consejo de familia las causas que inhabilitan para el ejercicio de los cargos de tutor y protutor. Ahora bien: el art. 237, núm. 7.º, dice que

«no pueden ser tutores ni protutores *las mujeres, salvo los casos en que la ley las llama expresamente*». Estos casos están determinados en los artículos 211, núm. 3.°, 220, 227, núm. 1.°, y 230. Luego en estos casos podrán ser las mujeres vocales del consejo testamentario, y no en los demás en que no pueden ser tutores ni protutores. En su consecuencia, entendemos que podrán ser designadas válidamente por los padres para el cargo de vocal del consejo:

1.° Las abuelas paterna y materna que sean y se conserven viudas, tratándose de menores.

2.° La madre, las hijas, las abuelas paterna y materna, y las hermanas no casadas, tratándose de locos y de sordomudos, y de los que sufren interdicción; y también la mujer de estos incapacitados.

3.° La madre viuda para el caso de que contraiga nuevo matrimonio. Si el padre puede autorizar en testamento á su viuda para que cuando pase á segundas nupcias conserve y ejerza la patria potestad sobre sus hijos (art. 168), con más razón ha de poder autorizarla para que sea vocal del consejo en el caso de que la tutela haya de ejercerse por otra persona. En todo caso podrá serlo respecto de los locos, sordomudos, pródigos y sujetos á interdicción.

IV

Casos en que no pueden los padres nombrar consejo de familia para sus hijos.

Puede suceder que, aun viviendo los padres, haya de funcionar un consejo de familia: tal es el caso de los hijos incapacitados mayores de edad. No sólo ha de intervenir tal consejo el ejercicio de la tutela y colaborar en él activamente, sino que, aun antes de constituirse ésta, ha de informar acerca de la incapacidad que la hará, en su caso necesaria (art. 216).—Ahora bien: ese consejo, ¿podrán nombrarlo también los padres? No existe un sólo artículo que lo prohiba expresamente; el 294, no

pone ninguna limitación sobre este punto: «el consejo de familia, dice, *se compondrá* de las personas que el padre ó la madre en su caso, hubieren designado en su testamento, y, en su defecto, de los ascendientes y descendientes, etc., del menor *ó incapacitado*».

Adviértase, sin embargo, que si á los padres incumbiese designar los vocales del consejo cuando en vida suya se abre ó trata de abrirse una tutela para sus hijos incapacitados mayores de edad, resultaría: 1.°, que no podían hacerlo sino por acto intervivos (por escrito dirigido al juez, ó por comparecencia ante él), de ninguna manera por testamento, el cual no tiene valor alguno hasta después de la muerte del testador, y eso resulta prohibido por el propio art. 234, en el hecho de exigir que se nombren precisamente en testamento; 2.°, que en el caso de corresponder el ejercicio de la tutela á los padres mismos, de conformidad con los artículos 220, 227 y 230, serían intervenidos, vigilados por un consejo que ellos mismos habrían designado, y eso contradice la naturaleza de esta institución y el fin para que ha sido creada, tal como resulta de numerosos pasajes de la ley; la tutela se ejerce bajo la vigilancia de un protutor y de un consejo de familia (art. 201); el consejo de familia declara la incapacidad del tutor y acuerda su remoción (artículo 239); lo autoriza para enajenar y gravar los bienes del incapacitado, etc. (art. 269); fija la retribución debida al tutor por su trabajo (art. 276); ha de censurar é informar las cuentas generales de la tutela (art. 282), y denunciar á los Tribunales cualesquiera delitos que el tutor hubiere cometido en el ejercicio de ella (art. 285), etc.; todo lo cual requiere en el consejo existencia independiente de la del tutor; 3.°, y por último, que los padres crearían una entidad corporativa, una persona jurídica llamada á completar su personalidad como tutores (artículo 269), contra el principio de que nadie puede engendrarse á sí propio, que rige en el mundo del derecho lo mismo que en el de la naturaleza.

Sacamos de aquí por conclusión que siempre que el consejo

de familia haya de funcionar, en vida de los padres, para incapacitados mayores de edad, ha de constituirse necesariamente por ministerio de la ley, ha de ser consejo legítimo; y así se explica que el art. 217 excluya de él, para el acto de informar sobre la incapacidad, á *«los parientes* que hubiesen solicitado la declaración de esa misma incapacidad.» No hay duda que pueden los padres nombrar, para esos hijos mayores de edad é incapacitados, tutor, protutor y consejo de familia (artículos 206 y 294), pero en testamento, esto es, para después de su muerte. Luego que ellos hayan fallecido, todas esas entidades creadas por ministerio de la ley deben ceder el puesto á las testamentarias respectivas. Así se deduce de la lógica general del Código.

V

Número de vocales para el consejo testamentario: modo de completarlo.

Limítase el Código á decir que el Consejo se compondrá de *las personas* que el padre ó la madre hayan designado en su testamento, y que, *en su defecto*, se procederá á constituirlo por ministerio de la ley. De aquí no se deduce sino que el número ha de ser plural; pero ¿bastará que sean dos? El consejo legítimo ha de constar necesariamente de cinco vocales, salvo si se constituye con ascendientes ó descendientes varones, hermanos ó cuñados del menor ó incapacitado, que en tal caso pueden ser, no menos, pero sí más de cinco: ¿se impone igualmente esta tasa al consejo testamentario? Lo tenemos por indudable, ateniéndonos al texto literal del art. 294 que estamos comentando.

Según se ordena en la primera parte de este artículo, el consejo testamentario «se compondrá de las personas que el padre, ó la madre en su caso, hubieren designado en su testamento», *cualquiera que sea su número*; y después de hacer la designación de los parientes que han de constituir el consejo legítimo á falta de aquél, dice en su segunda parte, refiriéndose notoriamente á uno y otro consejo: «*Si no llegaren á cinco*, se completará este

número», etc. Luego es evidente qué se ha de componer de cinco vocales el consejo testamentario, lo mismo que el legítimo y el dativo, aunque el padre haya dispuesto otra cosa en su testamento: podrán ser seis ó más, si éste los hubiere designado; pero no pueden ser menos de cinco. Así lo da también por supuesto el art. 305, al ordenar que el consejo de familia no podrá adoptar resolución «sin que estén presentes *por lo menos* tres vocales»: luego han de ser más de tres, sin que en ningún caso pueda limitarse á ese número, como algunos pretenden.

Podrá suceder que por deficiencia del testamento, ó por defunción, incapacidad ó excusa, no lleguen á cinco los designados para el consejo por el testador, ó por la ley en su defecto. En previsión de estos casos, tan posibles y aun frecuentes, ordena el presente artículo, que se completará dicho número de cinco «con los parientes varones más próximos de ambas líneas paterna y materna; y si no los hubiere, ó no estuvieren obligados á formar parte del consejo, el juez municipal nombrará en su lugar personas honradas (varones por supuesto) prefiriendo á los amigos de los padres del menor ó incapacitado.» Cuando sea testamentario el consejo, si hubiere ascendientes, descendientes ó hermanos varones, con ellos, si no hubieren sido excluídos expresamente en el testamento, habrá de completarse el número de cinco, por su calidad de parientes más próximos, y no por su derecho á formar parte del consejo legítimo, que no tiene cabida en ese caso.

VI

Concurrencia de personas nombradas ó excluídas por el padre ó la madre.

«El consejo de familia se compondrá de las personas que el padre ó la madre *en su caso*, hubieren designado en su testamento». La inteligencia de este precepto nos la han de dar los artículos 154, 168 y 206 del Código. El primero de ellos dice que «el padre, y *en su defecto* la madre, tienen potestad sobre sus

hijos legítimos no emancipados; conforme al segundo, «la madre que pase á segundas nupcias *pierde la patria potestad* sobre sus hijos», y, juntamente con ella, al tenor del tercero, la facultad de *nombrar tutor* para los hijos del primer matrimonio, convertida en simple derecho de proponer Esto quiere decir—ya lo hicimos notar en el comentario al art. 206—que el derecho de nombrar tutor y protutor es atributo inherente á la potestad paterna, y corresponde, por tanto, á aquél de los dos cónyuges que ejerza ésta en último término.

Ahora bien; el nombramiento de vocales del consejo se rige por los mismos principios que el nombramiento de tutores, según puede inferirse del contexto del art. 298; y así se explica que el que estamos comentando no diga «las personas que el padre, *y en su defecto* la madre, hubieren designado», lo cual implicaría en la madre el derecho de nombrar vocales únicamente en el caso de que el padre no los hubiese nombrado: dice «el padre, *ó la madre en su caso*», como dice el art. 209 del tutor «elegido por el padre *ó la madre*»; ha de entenderse, por tanto, que sobreviviendo la madre al padre, ella es, y no él, quien tiene derecho á proveer los cargos de tutor, de protutor y de vocales del consejo. La razón es muy sencilla: en el momento de fallecer el premoriente de los dos, sería ociosa la designación de vocales que él hiciera, en razón á no haberse menester consejo, quedando, como queda, quien ejerza la patria potestad; más adelante, podría ser inoportuno que prevaleciese su designación, porque entre su fallecimiento y el del sobreviviente han transcurrido tal vez muchos años y cambiado por completo las condiciones del personal de amigos y parientes donde el consejo testamentario hubo de reclutarse. Unicamente puede tener razón de ser la designación hecha por el premuerto en el caso de que haya omitido hacerla el sobreviviente, ó de que, hecha, se haya invalidado en todo ó en parte.

Glosando el artículo conforme á esta doctrina, diremos que «el consejo de familia se compondrá de las personas que el sobreviviente, padre ó madre, y en su defecto, el premoriente de

ellos, hubieren designado en su testamento». He aquí algunos corolarios prácticos que se derivan de esta regla:

1.º Se discernirá el cargo de vocales para el consejo de familia á las personas que haya designado el cónyuge viudo (padre ó madre), aunque resultaran excluídas por el premuerto.

2.º Si el cónyuge viudo no hizo designación de personas para componer el consejo, serán vocales de él todas las designadas por el cónyuge premuerto que no se hallen excluídas por aquél en su testamento.

3.º Si el cónyuge viudo designó personas en número suficiente para constituir consejo, pero luego quedan reducidas á menos de cinco por incapacidad, excusa, repudiación ó fallecimiento, se completará ese número con una ó dos personas de las designadas por el premoriente y no excluídas por aquél, tomándolas por el orden en que los nombre ó enumere el testamento.

4.º Si el cónyuge viudo designó sólo una ó dos personas, el consejo habrá de componerse de ellas y de todas las designadas por el premoriente y no excluídas por aquél.

5.º Sólo en el caso de que entre las personas designadas por el cónyuge sobreviviente y las designadas por el premuerto y no excluídas por aquél, no lleguen á componer el número de cinco, recurrirá el juez á los vocales legítimos ó dativos.

Esto en el caso del consejo de familia para menores. Si se trata de incapacitados mayores de edad, el criterio es igual: la tutela, que corresponde por ministerio de la ley (fuera de cierta hipótesis, art. 220), «al padre, y en su caso á la madre», ocupa el lugar y hace las veces de potestad paterna: por consiguiente, los llamamientos hechos por el cónyuge sobreviviente (padre ó madre) prevalecerán sobre los del premuerto, los cuales tendrán respecto de aquéllos únicamente el carácter de supletorios, y en su caso, de complementarios.

Réstanos examinar el caso de la madre binuba. Si el padre no la autorizó para contraer segundas nupcias, ha perdido aquélla la patria potestad (art. 168); por consiguiente, las personas designadas por ella en su testamento para componer el consejo

de familia se pospondrán á las designadas por el padre ó por la ley, salvo si enviudó de nuevo durante la menor edad del hijo ó hijos, recobrando la patria potestad (art. 172), y falleció durante su ejercicio. Pero si el padre hubo previsto expresamente en su testamento que su viuda contrajera matrimonio, ordenando que en tal caso conserve y ejerza la patria potestad sobre sus hijos (art. 168), los llamamientos hechos por ella para el consejo de familia tendrán valor, y aun preferencia respecto de los hechos por el padre que hubiere premuerto. En todo caso, ha de entenderse que las designaciones de la madre binuba se hallan sujetas á una condición; la de que no haya nombrado además tutor ni protutor. Fúndase esta limitación en lo prevenido por el artículo 206: «si (la madre) hubiere contraído segundas nupcias, dice, el nombramiento (de tutor y protutor) que hiciere para los hijos de su primer matrimonio no surtirá efecto *sin la aprobación del consejo de familia*». Si la ley ha temido que las sugestiones del segundo marido puedan influir en el nombramiento de tutor y protutor con daño de los menores, igual temor ha de abrigar con respecto á la designación del consejo llamado á confirmar ó á desaprobar dicho nombramiento. Lo que dijimos del consejo de familia constituído para mayores de edad incapacitados en vida de los padres tiene perfecta aplicación al caso de la madre viuda que ha contraído segundas nupcias, fallecido casada y nombrado tutor para los hijos de su primer matrimonio.

VII

Consejos múltiples nombrados por una misma persona.

Hemos examinado en el párrafo que antecede el caso de haberse designado por personas diferentes (el padre y la madre) dos consejos de familia para un mismo menor ó incapacitado. Vengamos ahora al caso de dos ó más consejos designados *por una misma persona.*

Por lo pronto, tanto el padre como la madre pueden nombrar un consejo para cada uno de sus hijos. Así se deduce del artícu-

lo 208, que sienta esta doctrina respecto de los tutores. En caso de duda, se entenderá nombrado un solo consejo para todos los hijos, aunque sean de lechos diferentes, y se discernirá el cargo de vocales al primer grupo de personas que figure designado en el testamento.

Pueden asimismo hacer diversos nombramientos de consejos, á fin de que se sustituyan unos á otros los nombrados. En el ingreso de este artículo expusimos ya la conveniencia, y con ello la posibilidad de nombrar vocales sustitutos. Ahora bien; los consejos se hallan en el mismo caso que los vocales. Pero ¿sería válido el nombramiento que los padres hicieran de dos ó más consejos para que ejerciesen el cargo: uno hasta cierto tiempo, y otro desde cierto tiempo, ó para que se sucedieran el uno al otro al cumplirse cierta condición? El art. 294 no lo autoriza, pero tampoco lo prohibe; es cierto que nombra al consejo en singular: «*el consejo de familia* se compondrá de las personas que, etcétera», pero esto no decide la cuestión, porque también el 206 designa en singular al tutor y al protutor: «el padre puede nombrar tutor y protutor para sus hijos menores, etc.», y sin embargo ha de entenderse incluído también el plural «tutores», según el art. 208. La libertad atribuída á los padres por dicho artículo 294 parece absoluta y sin restricciones; concretamente la aplica á las *personas:* la hemos hecho extensiva hace poco al *número* de éstas; opinamos que vale asimismo con respecto á la *duración* del cargo, ó sea al tiempo que ha de ejercerlo cada una. Casos de tener que cesar un consejo para ser sustituído por otro, hemos visto ya dos: cuando hallándose en ejercicio uno legítimo, aparece el nombrado por el padre ó la madre; y cuando habiéndose nombrado uno legítimo para incapacitado mayor de edad en vida de sus padres, fallecen éstos dejando designado otro diferente en su testamento.

Más difícil de decidir es si será válida la designación de dos ó más consejos para que funcionen simultáneamente, ó, mejor dicho, para que ejerza cada uno una parte de las atribuciones enumeradas en los arts. 46, 239, 261, 268, 269, 282, 322 y otros

del Código. Simultaneidad, propiamente dicha, no cabe: uno, porque el art. 201 parece imponer la unidad en el consejo de familia, lo mismo que en el tutor y protutor; otro, porque cuando se convocara á los dos ó tres grupos de personas designadas por los padres, al efecto de someter á su deliberación alguno de los asuntos que son de su competencia, quedarían todos confundidos en un consejo único, no habiendo, como no hay, límite ni tasa en cuanto al número de personas que han de componerlo, ni pudiendo decirse, por tanto, dónde acaba, en aquella hipótesis, el un consejo y dónde principia el otro. La cuestión no es ésta. Puede un padre querer encomendar, v. gr., la dirección de los asuntos personales del menor ó incapacitado, su educación, el recobro de su salud, su regeneración moral, etc., á unas personas, y la administración de su patrimonio á otras diferentes, y no consintiéndole la ley darle dos tutores que ejerzan su cargo conjuntamente, someter la gestión del tutor único á la vigilancia y consejo de dos grupos de personas competentes en uno ú otro de aquellos dos órdenes de la vida. Se pregunta: ¿sería válido este fraccionamiento de la jurisdicción ó atribuciones del consejo?

Notaremos, lo primero, que en la costumbre alto-aragonesa está admitido y se practica sin ningún género de dificultad, aun por motivos menos sustanciales que el que queda enunciado:

«Para dar participación á toda la parentela, cuando es ésta muy extensa, se instituye algunas veces en una misma capitulación matrimonial varios consejos de á dos personas, y á cada uno se le asigna una de las varias funciones en que los parientes han de intervenir. En tal caso, suele confiarse la tercería en discordia, para decidir los empates en todos ellos, á un mismo pariente. «En el caso de que hubiese desacuerdo entre las personas llamadas á resolver en las cláusulas 4.ª, 5.ª y 11 *(tres consejos)*, se les asociará el *heredero* de la casa N. del pueblo X., y lo que con su concurso resuelvan por mayoría de votos, será obligatorio y se llevará á ejecución.» Otras veces, el constituir diferentes consejos tiene por objeto confiar el cuidado de cada

una de las dos líneas los bienes procedentes de ellas y á ellas revertibles, como en la cláusula que transcribo á continuación: «Si los cónyuges ó alguno de ellos falleciese con hijos y sin legítima disposición de sus bienes, dispondrá de ellos el sobreviviente en unión, siendo el cónyuge el premuerto, de su hermana M. y cuñado A., y en su defecto, de los dos parientes varones más cercanos y de mayor edad del propio cónyuge; siendo la cónyuge la premoriente, de los dos parientes varones más cercanos y de mayor edad de la misma; cuya disposición la verificarán en ambos casos en favor de dichos hijos, en el modo y forma que tengan por conveniente, con prórroga del término legal.—Si el dicho sobreviviente falleciese sin haber hecho tal disposicion, representarán á éste sus dos parientes más próximos y de más edad, teniendo en cuenta que si el sobreviviente hubiere sido el cónyuge, le representarán sus citados cuñados y hermana, y caso de haber fallecido, sus dos parientes más cercanos y de más edad.» (*Ob. cit.*, pág. 137.)

Por otra parte, hemos podido observar ya repetidamente que el Código proclama en absoluto, con respecto al consejo de familia, el principio del «*standum est chartae*»; que no impone al consejo testamentario la necesidad de vaciarse en los mismos moldes del legítimo. Dentro de las ideas reinantes, ya de muy remoto abolengo, que confieren al legislador funciones propias del poder judicial ó del administrativo, no es posible estatuir específicamente para los casos; ha de procederse por vía de regla general: no puede saber el legislador qué sería más conveniente á cada menor ó á cada incapacitado, y por eso formula para todos una regla de promedio, ó bien tomando como tipo la situación que se presume más ordinaria. De aquí el consejo único. Pero los padres, que no legislan *a priori* ni para la generalidad, sino para un individuo colocado en circunstancias dadas, pueden hacer lo que no habría podido el legislador. A tal menor convendrá más un consejo único, que atienda juntamente á sus intereses morales y económicos, mientras que á tal otro podrán convenirle dos ó más consejos, uno para el gobierno de su persona,

otro, v. gr., para el régimen de sus haciendas, radicantes tal vez en países apartados, otro para la administración de sus fábricas, de sus minas, de su comercio, de sus valores mobiliarios. Una distribución así, hecha por los padres, puede ser beneficiosa al sujeto á tutela, y no lo sería hecha por el legislador: por eso no vemos incompatibilidad entre la unidad decretada para el consejo legítimo y la pluralidad admitida como facultativa para el consejo testamentario. El artículo que comentamos no repugna, según unos, el que los padres llamen al consejo vocales especiales para deliberar sobre asuntos determinados, con exclusión de los demás: pues bien, igual razón existe en ocasiones para que deba especializarse el consejo, y la ley no puede repugnar esto más que aquello; aun ella misma en algún caso ha tenido que ceder de su rigidez, encomendando al arbitrio prudente de los tribunales la especificación de los actos respecto de los cuales habrá de ser consultado el consejo de familia por el incapacitado ó por su tutor (art. 221 del Código), y también crear un consejo con facultades limitadas á la administración de los bienes y á los juicios (art. 229).

Por todas estas razones, interpretamos el silencio de la ley en el sentido más favorable á la libertad de los padres, y contestamos afirmativamente la pregunta relativa á la constitución de dos ó más consejos testamentarios y á la libre distribución de la función de vigilancia entre todos ellos.

VIII

Si pueden designar vocales para el consejo otras personas que los padres.

«Puede nombrar *tutor* á los menores é incapacitados el que les deje herencia ó legado de importancia», según el art. 207: ¿esta facultad será extensiva al nombramiento ó designación de vocales para el consejo?

Por lo pronto, si el extraño que instituyó heredero al menor ó incapaz ó le dejó manda de importancia ha hecho uso de la fa-

cultad que el expresado artículo le concede, proveyendo el cargo de tutor, sería improcedente que hiciera á la vez el nombramiento de vocales para el consejo por una razón derivada del mismo Código: «el nombramiento (de tutor hecho por el extraño que deje á los menores ó incapacitados herencia ó legado de importancia) no surtirá efecto hasta que el consejo de familia haya resuelto aceptar la herencia ó el legado» (art. 207). Ya vimos, al tratar del nombramiento de tutor y protutor por la madre binuba, y en general, por los padres para hijos incapacitados mayores de edad, que no puede ser lícito á una persona crear un organismo llamado por la ley á confirmar nombramientos hechos ó á intervenir actos ejecutados por ella misma. Pero añadimos allí mismo que si la madre binuba no había nombrado tutor ni protutor, sería válida la designación de personas para el consejo que hubiese hecho en su testamento: ¿puede decirse otro tanto respecto del extraño que se hubiese abstenido de nombrar tutor?

Bien considerado el texto del Código, parece que no. Cabía sacar de él esa conclusión con respecto á la madre binuba, combinando el art. 206 con el 294, porque así éste como aquél mencionan á la «madre»; pero no cabe combinar el 207 con el 294, porque en éste no se nombra al «extraño». Por otra parte, cuando el extraño no designe tutor, el que sea dado al menor ó incapacitado por los padres ó por la ley necesitará para aceptar la herencia ó legado la autorización del consejo de familia (artículo 269, § 10); y no había de hacerse depender esa aceptación de la voluntad de un consejo nombrado por el mismo testador ó mandante. De todos modos, y aun prescindiendo de estas consideraciones, el artículo que comentamos, por razones de interés y protección á los sujetos á tutela, sólo faculta al padre, y en su caso á la madre, para hacer la designación de vocales del consejo de familia, sin que en ningún caso se conceda esa facultad á otros parientes, y menos á los extraños.

Esto no obsta para que el testador imponga á su heredero voluntario las condiciones que estime, siempre que no sean con-

trarias á las leyes ó á las buenas costumbres; si esa condición fuese la de sujetarse á un consejo por él designado, y el consejo nombrado legalmente estimase aceptar la herencia ó legado con esa condición, sería preciso cumplirla; pero sin perjuicio de las facultades que la ley atribuye al consejo nombrado conforme á la misma, y limitando la intervención del designado por el testador á la administración de los bienes que constituyen su herencia ó legado, como respecto del tutor está prevenido en el artículo 210.

IX

Aceptación del cargo: cuándo es obligatoria: efectos de la excusa, renuncia ó abandono.

Según el art. 298, las causas que excusan de admitir los cargos de tutor y protutor son aplicables á los vocales del consejo de familia: relacionando este artículo con el 202, se deduce clarísimamente que el cargo de vocal es obligatorio lo mismo cuando se defiere por testamento que cuando se defiere por la ley, y que no cabe eximirse de él como no concurra y se alegue y justifique en tiempo oportuno alguna de las causas de excusa admitidas por ella. Al comentar los arts. 297 y 298 expondremos las causas ó motivos que deben reputarse suficientes para repudiar válidamente dicho cargo, excusándose de aceptarlo, ó renunciándolo después de aceptado.

Es, pues, obligatoria la aceptación del cargo de vocal del consejo de familia, lo mismo que la de tutor y protutor, fuera de los casos de excusa legítima. Si desestimada la excusa, ó no alegada ninguna, se negare el interesado á formar parte del consejo, podrá ser apremiado por el juez municipal, conforme á lo prevenido en los arts. 300 y 306, pudiendo llegar la resistencia á constituir el delito de desobediencia grave á la autoridad judicial.

Indicaremos otro de los efectos de las excusas. Puede suceder que los padres hagan mandas voluntarias á las personas á

quienes designen para componer el consejo de familia; y hemos de decidir si tienen derecho á percibirlas aquellos que rehuyan la obligación de ejercer el cargo deferido, alegando excusas que les asistan. La cuestión no tiene nada de difícil. Siempre que el testador no haya manifestado otra cosa, ha de presumirse que la manda tiene carácter remuneratorio; y no cabe retribuir un servicio que no se presta; el cargo de vocal de un consejo es más llevadero que el de tutor, y es justo que le alcance la prescripción del art. 251. Por consiguiente, la persona designada en testamento que haga valer alguna excusa para no formar parte del consejo de familia, perderá lo que voluntariamente le hubiere dejado el testador. Esta disposición podrá hacerse extensiva al caso en que los vocales desempeñen su cargo sin la debida diligencia, v. gr., absteniéndose de concurrir habitualmente á las sesiones; de lo contrario, podría suceder que aceptaran al solo efecto de recoger su manda, y que luego se condujesen del mismo modo que si no hubieran aceptado. La multa del art. 306 sería impotente para remediarlo.

Excepciones á esta doctrina pueden señalarse de momento dos: 1.º, cuando el testador, que hizo la designación y la manda, manifestó ó dió á entender que se tuviese ésta como incondicional y no dependiente de la aceptación de aquélla: el Código civil portugués consignó esta misma excepción con respecto al tutor testamentario, adicionando muy oportunamente con la siguiente apostilla el art. 618 de nuestro Proyecto de 1851: «si el testador no hubiese determinado nada en contrario» (art. 232): 2.º, cuando el legatario designado vocal para el consejo se halle libre de la obligación de aceptar por causas distintas de las enunciadas en los arts. 244 y 245, tal como la de residir, si es extraño, fuera del territorio en que radique la tutela, y si es pariente fuera del radio de 30 kilómetros del propio juzgado, salvo si el propio testador hizo depender el legado, á pesar de todo, de dicha aceptación.—En todo caso hay que estar á la voluntad del testador, interpretada por las mismas reglas de hermenéutica que las demás cláusulas del testamento.

¿Cabe considerar los dos testamentos del padre y de la madre como uno solo para este efecto? O de otro modo: la persona que fué designada por uno de los cónyuges para el cargo de vocal y se excusa de él, ¿pierde lo que el otro cónyuge le haya dejado sin expresar condición? La contestación está en el art. 251, que dice terminantemente: «perderá lo que voluntariamente le hubiere dejado *el que lo nombró*»: luego no perderá lo que le hubiere dejado el otro cónyuge.

Si el vocal que se excusa pierde lo que el testador le haya dejado individualmente y á su nombre, con más razón perderá la parte alícuota que le correspondiera en lo legado por aquél conjuntamente á los vocales del consejo: en tal hipótesis, la porción de los que no admitan el cargo pasará á los que les sustituyan (sean testamentarios ó legítimos), y si no les sustituye nadie, acrecerá á los que lo desempeñen. Así habría de ser por principios generales de justicia, cuando no mediase ya la analogía con el caso del art. 908, que trata de los legados y retribución á los albaceas.

SECCION SEGUNDA

DEL CONSEJO DE FAMILIA LEGÍTIMO Y DEL DATIVO

I

Composición del consejo cuando no lo hay testamentario: número de vocales del legítimo y del dativo.

Los autores del Código han partido en esta materia de una doble presunción: 1.ª, que lo mismo tratándose de tutor y de protutor, que de consejo de familia, nadie ha de conocer mejor que los padres las personas que sienten cariño más sólido y verdadero hacia sus hijos y se hallan dotadas de las necesarias condiciones de aptitud y de probidad para colocarse en lugar suyo y hacer menos sensible al huérfano la inmensa desgracia de la orfandad; 2.ª, que en la gran mayoría de los casos, las personas

que reunen en grado superior aquellas cualidades y pueden ocupar con más ventaja para el menor ó incapacitado el lugar vacante de los padres, son los hijos y nietos, los abuelos y los hermanos. Por esto, el ideal del Código, para el caso de que no haya tutor, protutor ni consejo de familia testamentarios, á los que da la preferencia por la razón indicada, es que el huérfano tenga ascendientes de una y otra líneas, cónyuge y descendientes, en su caso, hermanos y hermanas casadas, á fin de encomendarles todos los oficios que constituyen el organismo de la tutela: artículos 211, 220, 227, 230, 233, 235 y 294.

Según este último artículo, el consejo de familia, cuando no lo haya testamentario, se compondrá: *De los ascendientes y descendientes varones, y de los hermanos y maridos de las hermanas vivas del menor ó incapacitado.* ¿En qué número? Cinco, por lo menos: éste es el límite mínimum; límite máximum no lo pone, *cualquiera que sea su número.* Nótese bien que en éste, que es el consejo ideal del legislador, el número cinco no es una tasa, como ha pensado uno de los comentaristas del Código, equivocadamente, á nuestro juicio. En pasando de cuatro, la ley española, á diferencia de la francesa, no pone límite al número de vocales; el límite lo da la naturaleza: *todos* los ascendientes y descendientes varones, y *todos* los hermanos y maridos de hermanas vivas, sean cinco, seis, diez, y, en suma, «cualquiera que sea su número» (art. 294), entran á componer, juntos y de una vez, el consejo de familia. Ni podía ser de otra manera, faltando criterio objetivo para discernir, en caso de ser muchos, á quiénes habría de excluirse y á quiénes no; el criterio mecánico de la edad contradecía abiertamente la ley de la naturaleza, y tal vez privaba á los huérfanos de sus más celosos protectores. El Código ha tenido en cuenta que entre todas aquellas personas existen vínculos más sólidos que el vínculo ordinario de la parentela, y que forman á modo de una familia, de la cual cabe esperar, mejor que de otra cualquiera asamblea de parientes ó vecinos, concurso ordenado de voluntades, unidad de sentimiento y de acción. En buenos principios de razón es este el consejo de fami-

lia por excelencia, el ideal y arquetipo del consejo legítimo, y al inscribirlo nuestro Código en un primer término, á modo de regla general, ha procedido con más lógica y sentido de verdad que el Código francés-belga (arts. 407-408), el Proyecto español de 1851 (arts. 191 y 193) y el Código portugués (art. 207), en los cuales afecta la forma de una excepción.

Veamos ahora las fórmulas de composición que el Código sanciona en clase de supletorias para el caso de que no haya vocales de la clase dicha, ó de que su número sea inferior á cinco:

1.ª Si entre todos los ascendientes, descendientes, hermanos y cuñados capaces, no excluídos por los padres y no excusados legítimamente, componen sólo cuatro, tres, dos ó uno, ha de agregarse á ellos, para formar el consejo, uno, dos, tres ó cuatro varones de tercero á sexto grado por orden de proximidad.

2.ª Si entre todos los ascendientes, descendientes, hermanos, cuñados y colaterales hasta el sexto grado que sean capaces y no estén excluídos por los padres, ni se hayan excusado legítimamente, no excediesen en número de cuatro, tres, dos ó uno, les agregará el juez municipal uno, dos, tres ó cuatro personas honradas que reunan las condiciones de capacidad que enumeraremos y no hayan sido excluídas por los padres, dando preferencia, en igualdad de las demás circunstancias, á los que hubieren sido amigos de éstos.

3.ª Careciendo éste en absoluto (el menor ó incapacitado) de ascendientes, descendientes, hermanos y maridos de hermanas vivas, aptos y dispuestos para el cargo, se constituirá el consejo con los cinco parientes colaterales más próximos que sean varones y no hayan sido excluídos por los padres.

4.ª Si dentro del sexto grado no se encuentran cinco parientes que reunan esas condiciones, ó los hay, pero se excusan válidamente, quedando sólo cuatro, tres, dos ó uno aptos para vocales, les agregará el juez uno, dos, tres ó cuatro personas honradas, como en la fórmula 2.ª

5.ª Careciendo en absoluto de parientes colaterales hábiles

para ejercer este cargo, el consejo de familia se constituirá con cinco personas honradas, prefiriendo siempre á los amigos de los padres.

Iguales reglas han de observarse en el caso de que en el seno del consejo se produzcan vacantes por remoción, ausencia permanente, excusa ó fallecimiento.

En todas estas fórmulas supletorias, el número cinco es límite y tasa á la vez; los vocales han de ser necesariamente cinco: ni uno más, ni uno menos.

II

Clases de hermanos y cuñados llamados por la ley á ser vocales del consejo de familia.

El Proyecto de Código de 1851 llamaba á formar parte de dicho consejo á «todos los hermanos carnales» y á todos los «maridos de las hermanas carnales (vivas)» (art. 193 en relación con el § 2.º del 191); mas, los hermanos unilaterales y los maridos de las hermanas unilaterales habían de entrar en el consejo, sólo en el número preciso para completar el total de cuatro, y en concepto de representantes de la respectiva línea á que pertenecían, según fueran «uterinos» ó «consanguíneos». Prohijó esta regla el Código portugués, declarando vocales natos del consejo «os irmaos germanos e os maridos das irmas germanas do menor» (art. 207, § 8.º), excluyendo por el mismo hecho á los medio hermanos y á los maridos de las medio hermanas. Fundábase, según Dias Ferreira, en que la afección es menor entre hermanos unilaterales, en que el doble vínculo induce mayor presunción de cariño, y además, en que el legislador se ha guiado por la idea de dar cabida en el consejo á todos los interesados ó partícipes en la misma sucesión. El modelo primero fué el Código civil francés, que únicamente admite en el consejo como vocales natos, sin limitación de número, «les frères germains du meneur et les maris des soeurs germaines» (ar-

tículo 408), como en distinta relación, el Código italiano, «los hermanos carnales» (art. 252): los hermanos uterinos y consanguíneos, y los maridos de las hermanas uterinas y consanguíneas van envueltos en el concepto general de parientes y afines, y por lo mismo su llamamiento está sujeto á la condición del número, según claramente resulta del Código de Polonia (el Napoleón reformado en 1825), art. 378 en relación con el 375.

Nuestro Código, en el artículo que comentamos, no define la naturaleza de la hermandad á que se refiere, no la califica: dice sencillamente «*hermanos* y maridos de las *hermanas* vivas del menor ó incapacitado» (art. 294); siguiendo en esto á sus inmediatos precedentes, la ley citada de 1862 sobre consentimiento paterno (art. 4.°) y la de Enjuiciamiento civil de 1881 (arts. 1924 y 1925), que dicen asimismo «*hermanos* mayores de edad y maridos de las *hermanas* de igual condición que aquéllos». Ahora bien: ¿hemos de entender incluídas en el vocablo genérico «hermano» todas sus especies, esto es, lo mismo los hermanos y hermanas de doble vínculo que los unilaterales? Sin duda ninguna, y así lo acreditan por terminante manera los arts. 211 y 220 del Código. Defieren éstos el cargo de tutor, en defecto de testamentario, no tan sólo á los abuelos, sino que también á los hermanos, sean de doble vínculo, sean consanguíneos ó uterinos; y sería contrario á la lógica más elemental, que el art. 294 excluyera á estos últimos del consejo de familia legítimo, relegándolos al grupo de los demás parientes. Confirma este sentir el art. 949, que llama á suceder abintestato á los hermanos de doble vínculo, juntamente con los de padre ó madre, si bien sea en proporciones diferentes. Una de las mayores inconsecuencias en que incurrió el Proyecto de 1851, consistía en privar á los hermanos unilaterales de la condición de hermanos para los efectos del consejo de familia (art. 193), que es decir para lo menos, después de habérsela reconocido para lo más, para discernirles en cierto caso el cargo de tutor (art. 182); y en esta contradicción hubo de seguirle en parte el Código civil de Portugal (arts. 200 y 207).

Vimos que en el Alto Aragón, donde el consejo de familia es siempre testamentario, tienen cabida en él las hermanas de la persona para quien se constituye, aun cuando sean casadas; pero que en tal caso concurren con sus maridos para el solo efecto de completar, con la licencia de éstos, su capacidad jurídica. Nuestro Código ha querido dar también participación en el consejo á las hermanas casadas, pero no directa y personal, sino representativa, por mediación de sus maridos, á quienes declara vocales natos sin limitación de número el artículo que estamos comentando. La prueba de que el cargo les es deferido por consideración á la mujer, y no por consideración á ellos mismos ó á su parentesco con el menor, la da concluyente el Código cuando dice «maridos de las hermanas *vivas*», ó como decían las dos leyes citadas de 1862 y 1881: «maridos de las hermanas *viviendo éstas*», lo cual envuelve las dos siguientes consecuencias: 1.ª, si al constituirse el consejo habían fallecido ya las hermanas, sus viudos no tendrán asiento en él, aunque de su matrimonio hubiere quedado descendencia; 2.ª, si las hermanas fallecen estando el consejo constituído ya y en ejercicio, los viudos pierden por el mismo hecho la cualidad de vocales, y deben dejar en el mismo punto de asistir á las sesiones.

El Código francés omitió expresar esta circunstancia, y los comentaristas se han perdido en un mar de confusiones y de distingos: para unos, como Divergier, Taulier, Valette, Demolombe, la afinidad subsiste después de la muerte del cónyuge que la producía, aun cuando no hayan quedado hijos de aquel matrimonio, porque un vínculo que creó la ley, sólo la ley podría desatarlo, y nada induce á creer que tal haya sido la intención del legislador: en este sentido se ha pronunciado alguna vez el Tribunal de Casación de Bélgica: para otros, como Delvincour, Duranton, Ducaurroy, Laurent, si la hermana fallece sin dejar prole de aquella unión, el vínculo artificial, que en consideración á ella creó la ley, se disuelve por el mismo hecho, cesa la causa que producía la afinidad, y debe, por tanto, cesar la afinidad misma, que es decir el efecto. Ninguna de éstas que son las opi-

niones radicales en la materia, tiene aplicación á nuestro caso: llamando, como llama, nuestra ley á los cuñados, no por cualidad de tales, esto es, por consideración á la afinidad, sino como representantes en cierto modo de sus mujeres, desde el instante en que la personalidad de éstas se extinga, desde el instante en que sus maridos no tienen ya inspiraciones que recoger y hacer valer en el consejo, cesa justamente su participación en él, sin que pueda influir en esta para nada la supervivencia de algún hijo. Los hijos de la difunta podrán entrar, siendo capaces, á formar parte del consejo de familia en concepto de parientes consanguíneos del sujeto á tutela, cuando corresponda con arreglo á las fórmulas supletorias 1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª, de las consignadas en el párrafo anterior; pero su padre, el viudo, cuñado del propio menor ó incapacitado sólo podría ser admitido en dicho consejo en calidad de amigo, cuando sea preciso nombrar vocales dativos al tenor de las fórmulas 2.ª, 4.ª y 5.ª

Si los maridos de las hermanas son menores de edad, aunque éstas sean mayores, no podrán formar parte del consejo de familia (art. 1924 de la ley de Enjuiciamiento civil). ¿Y en el caso inverso, cuando siendo mayores y capaces ellos, sean menores ó estén incapacitadas sus mujeres? Opinamos que sí, fundándonos en la propia razón que tuvo el legislador para llamar á dicho consejo á los cuñados.

III

Si las mujeres pueden ser vocales del consejo de familia legítimo y del dativo.

En el párrafo tercero de la sección anterior hemos tratado este punto con relación al consejo *testamentario*, sosteniendo que las mujeres pueden formar parte de dicho consejo en los casos en que la ley las llama *expresamente* á ejercer el cargo de tutor ó protutor, indicando á la vez que estaban excluídas del consejo *legítimo*. Así lo dispone con toda claridad el art. 294 que estamos comentando, al ordenar que, á falta ó en defecto de personas

designadas en su testamento por el padre ó por la madre en su caso, se compondrá el consejo «de los ascendientes y descendientes *varones* y de los *hermanos y maridos de las hermanas* vivas del menor ó incapacitado», y que «si no llegaren á cinco, se completará este número con los parientes *varones* más próximos de ambas líneas». No puede estar más clara y terminante la exclusión de las mujeres para el consejo legítimo, puesto que han de ser varones todos los parientes llamados á constituirle. Y lo mismo se dispone en el párrafo segundo del artículo para el consejo *dativo*, toda vez que ha de constituirlo el juez municipal con parientes *varones* del menor ó incapacitado y con *amigos* de los padres, y porque, además, según el art. 298, alcanza á las mujeres en este caso la incapacidad establecida en el núm. 7.º del 237.

Algunos atribuyen al Código falta de lógica y de consecuencia, porque excluye en absoluto á las mujeres del consejo legítimo, cuando las llama expresamente en ciertos casos al cargo análogo de tutor, que suponen ser de mayor importancia y responsabilidad que aquél, y hasta opinan que es aplicable á dicho consejo, como lo es al testamentario, la excepción del núm. 7.º del art. 237 en su relación con el 298, y por consiguiente, que deben formar parte del consejo legítimo, cuando no desempeñen el cargo de tutor ó de protutor, y á falta de varones hábiles, las abuelas paterna y materna, siendo menor el sujeto á tutela; la madre, las abuelas, las hijas y las hermanas no casadas, y también la consorte, tratándose de locos, sordomudos ó sujetos á interdicción, y la madre en el caso del pródigo.

Invócanse en apoyo de esta opinión los precedentes de códigos extranjeros que, como el de Francia (art. 408) y el de Portugal (art. 234), al excluir á las mujeres de la tutela y del consejo de familia, exceptúan á las que sean ascendientes del menor; el de Italia (art. 268), que también exceptúa de aquella prohibición á las ascendientes y á las hermanas carnales que no estuvieren casadas, y el art. 202 del Proyecto de Código civil español de 1851, que declaraba inhábiles á las mujeres para la

tutela y el consejo de familia, «á excepción de las abuelas del menor que sean viudas»; que con estos precedentes concuerda el art. 298 del nuevo Código en su referencia al núm. 7.° del 237, por lo cual es de suponer la intención del legislador de aplicar en todo caso al consejo de familia la excepción á favor de las mujeres llamadas expresamente por la ley á ejercer el cargo de tutor y protutor.

Con efecto, en esos códigos se establecen conjuntamente unas mismas incapacidades para los cargos de tutor, de protutor y del consejo de familia; pero en el nuestro se ha seguido otro método. En el cap. 4.° del tít. 9.°, que trata de la tutela, se determinan «las personas inhábiles para ser tutores y protutores», sin hacer mención del consejo de familia; y si bien en el artículo 298 se declara que las causas que inhabilitan para ser tutores y protutores, «son aplicables á los vocales del consejo de familia», esto no puede menos de entenderse sin perjuicio de lo dispuesto especialmente para este caso. Entre las incapacidades que determina el art. 237 para ser tutores y protutores, está la del núm. 7.°, que se refiere á «las *mujeres*, salvo los casos en que la ley las llama expresamente»: esa incapacidad se aplicará también al consejo de familia, pero sin la salvedad antedicha respecto del consejo legítimo y del dativo, porque la excluye el artículo 294 al ordenar expresamente que han de ser *varones* los vocales de dichos consejos.

Y no hay motivo para imputar por esto al Código la tacha de inconsecuencia y de falta de lógica, puesto que existen razones muy poderosas para separarse de los precedentes antes citados, y que sin duda se tuvieron presentes y se discutieron al acordar la redacción del art. 294. Aunque en el organismo de la tutela entran hoy el tutor, el protutor y el consejo de familia, cada cual tiene sus atribuciones especiales. Al tutor corresponde cuidar inmediatamente de la persona del menor ó incapacitado, y ¿quién podría hacerlo mejor que la madre, la abuela, la hija ó la hermana, en los casos en que son llamadas á la tutela? Con su cariño y con la dulzura y paciencia de la mujer sufrirán mejor

que un extraño las impertinencias, caprichos y molestias que ocasiona siempre el cuidado de un niño ó de un loco, y por esto se las prefiere para la tutela, supliéndose la deficiencia que puedan tener para la administración de los bienes con la intervención del protutor y del consejo de familia. Pero las funciones de éste son de otro orden: le corresponde deliberar y decidir sobre puntos que antes eran de la competencia de los tribunales, con relación á la persona y á los bienes del menor ó incapacitado (art. 269), y para ejercer con acierto esas funciones se necesitan la madurez del juicio, la experiencia y conocimientos de que por regla general carecen las mujeres. El padre podrá apreciar si reune estas condiciones, como puede reunirlas, alguna de las mujeres llamadas á la tutela, y por esto se le permite que las designe en su testamento para el consejo de familia; más el legislador no podía hacer esa apreciación, y habría sido peligroso establecer excepciones sobre ese punto; y de aquí la exclusión absoluta de las mujeres en el consejo legítimo y en el dativo, sin que implique contradicción ni falta de lógica por haberlas llamado á la tutela.

Podrá discutirse sobre el valor y fuerza de esas razones, y sobre la conveniencia de modificar la ley; pero mientras no se modifique ó derogue el art. 294, es ineludible su cumplimiento, y concluímos este punto repitiendo que las mujeres no pueden formar parte del consejo legítimo ni del dativo.

IV

Si ha de atenderse á la línea, ó solamente al grado de parentesco.

«Si no llegaren á cinco, se completará este número con los parientes varones más próximos *de ambas líneas* paterna y materna» (art. 294). El artículo en este punto es susceptible de dos inteligencias: 1.ª, que en el consejo han de entrar necesariamente parientes de las dos líneas, y que, al efecto, debe nombrar el juez á los más próximos de la una y á los más próximos de la otra, y en igualdad de grado, al de más edad (art. 295);

2.ª, que con los parientes varones de ambas líneas ha de formarse un solo grupo, clasificándolos en él por orden de proximidad, y que el juez debe nombrar á los que ocupen los cinco primeros lugares, cualquiera que sea la línea á que cada uno pertenezca. Si los autores del Código quisieron estatuir lo primero, como parece indudable, pudieron expresarlo, diciendo, v. gr., «tres de la línea paterna y dos de la materna», como dice el Código portugués; si hubiesen optado por lo segundo, pudieron declararlo, diciendo «sin atención ó consideración á línea», ó «sin distinción de línea», como dice el art. 954, ó sencillamente absteniéndose de nombrar la línea, como se abstuvieron de nombrar el vínculo al hacer la designación de los hermanos en el propio art. 294, para que se entendiese que no distinguía entre los carnales y los uterinos ó consanguíneos.

Por la primera interpretación abogan razones de peso:

1.ª Concordancia dentro del mismo Código: el art. 235 quiere que cuando el tutor sea pariente del menor, *no recaiga en su misma línea* el nombramiento de protutor. Decía García Goyena que esto tiene que ser así, porque si se defiriesen ambos cargos á parientes de la misma línea, «podría temerse la preponderancia ó colusión en ella» (art. 187 del Proyecto de 1851). Pues la misma razón asiste en nuestro caso: el art. 191 del mismo proyecto llamaba á componer el consejo á los cuatro parientes más allegados del huérfano, «dos de la línea paterna y dos de la materna», y lo justificaba García Goyena, diciendo que «con ello se evitaría la influencia ó preponderancia de una de las líneas, y las dos tienen la misma presunción de interés y cariño por el huérfano». Ahora bien; pues el Código ha aceptado del proyecto el elemento «línea», en cuanto á los tutores y á los protutores, es de presumir que ha querido igualmente aceptarlo con respecto á la composición del consejo de familia. El Código civil portugués, que seguía á nuestro Proyecto en lo primero (art. 206), creyó deber seguirlo también en lo segundo (art. 207).

2.ª Precedentes legales de nuestro artículo. Son estos: *a*), el

art. 4.º de la ley de 20 de Junio de 1862 sobre consentimiento y consejo paterno para contraer matrimonio, y el art. 1923 de la ley de Enjuiciamiento civil de 3 de Febrero de 1881, según los cuales «á falta de ascendientes, hermanos y maridos de hermanas, ó cuando sean menos de tres, se completará la junta (de parientes), hasta el número de cuatro vocales, con los parientes varones más allegados y mayores de edad, *elegidos con igualdad entre las dos líneas*, comenzando por la del padre»; 5), el art. 46 del reglamento de 3 de Septiembre de 1880 sobre propiedad intelectual, que llama también al consejo de familia, en igual hipótesis, «á los cuatro parientes varones más allegados del heredero, *dos de la línea paterna y dos de la materna*». Los precedentes más antiguos guardan silencio en este particular, designando sólo «á los parientes más cercanos» (Pragmática de 23 de Marzo de 1776, art. 1.º y F. Real, libro 3.º, tít. 7.º, ley 3.ª), ó simplemente á los «parientes», como el Fuero Juzgo y el Fuero Viejo.

3.ª Costumbre alto aragonesa. Lo común y general es remitir el conocimiento y decisión de los casos ó puntos de derecho previstos en la escritura de heredamiento, capitulaciones, acogimiento, etc., á dos, tres ó cuatro parientes consanguíneos, los más cercanos, *de entrambas líneas paterna y materna, por mitad*, ó, en su caso, de entrambas estirpes, del tronco de la mujer y del tronco del marido. Cuando se instituye el consejo para el nombramiento de heredero, entran á formarlo el cónyuge superstite y dos parientes del premuerto» (Ob. cit., pág. 35).

4.ª Los Códigos civiles de los dos países europeos más afines al nuestro: Francia («seis parientes ó afines..., la mitad de la línea paterna y la otra mitad de la materna, siguiendo el orden de proximidad en cada línea», art. 407), y Portugal («los cinco parientes más próximos del menor..., tres de la línea paterna y dos de la materna, prefiriendo los de mayor edad en igualdad de grado», art. 207).

No carece de defensa la solución contraria. Cuando una persona fallece sin dejar padre ni madre, pero sí ascendientes, si

son de grado diferente, la mitad del haber hereditario que constituye su legítima, corresponde íntegra á los más próximos *de una ú otra línea*, es decir, que no se divide por mitad entre los ascendientes paternos y maternos (art. 810); cuando una persona muere intestada, sin dejar descendientes, ascendientes, hermanos, hijos de hermanos, ni cónyuge supérstite, suceden en su herencia los demás parientes colaterales, *sin distinción de líneas* ni preferencia entre ellos por razón del doble vínculo (artículo 954); y no tomándose en cuenta el elemento «línea» para lo lucrativo, tampoco parece que deba tomarse para lo oneroso (Vid. Cód. francés, art. 753). Por otra parte, si hubiese estado en la intención de los autores del Código componer el consejo de familia con parientes de las dos líneas, independientemente de la proximidad del parentesco, no habrían dejado de expresar cuántos habían de tomarse de la paterna y cuántos de la materna, y cómo se debía proceder en el caso de que alguna de ellas tuviese menos de dos ó de tres parientes, ó no tuviese ninguno. En el Código portugués todo está previsto: los vocales han de ser cinco, tres de la línea paterna y dos de la materna; si no hubiere parientes más que en una de las dos líneas, se nombrarán los otros vocales entre los amigos de los padres del menor, con la diferencia de que, en este caso, aunque aquella línea sea la materna, suministrará tres vocales (art. 207). Pero el Código español no dice nada de esto. Es verdad que la segunda de esas dos reglas del portugués puede, en rigor, considerarse comprendida implícitamente en nuestro art. 294, por analogía con el 235, el cual quiere, como vimos, que en caso de no haber parientes más que de la línea en que ha sido escogido el tutor, se nombre protutor á un extraño, según deducía García Goyena en el comentario al art. 187 del proyecto; pero ¿en qué artículo nos fundaríamos para tomar tres parientes de la línea paterna y dos sólo de la materna?

Esta última dificultad parece incontrastable y decisiva; á juicio nuestro, no lo es. Obsérvese, lo primero, que siempre que el Código tiene que optar por una ó por otra línea, da la prefe-

rencia á la paterna, como en los artículos 211 y 220, de donde deducía García Goyena que para completar el consejo con un pariente, cuando hubiese en él tres hermanos ó cuñados, habría de nombrarse aquél de la línea paterna; y que cuando hubiese un sólo hermano ó cuñado, deberían agregársele «dos parientes de la línea paterna y uno de la materna» (Comentario al art. 193 del Proyecto). En segundo lugar, la ley de Enjuiciamiento, obligado complemento de nuestro Código en lo que éste no haya previsto, sanciona un procedimiento que reputamos satisfactorio: «Si el recurrente—dice—no hubiere designado los nombres de sus ascendientes, hermanos varones y maridos de sus hermanas que han de comparecer á la junta, se le requerirá para que lo haga en el acto. Igual requerimiento se le hará para que manifieste el nombre *de los parientes más próximos de ambas líneas*, en el caso de que los expresados no lleguen á cuatro; y en el de que ni aun con éstos pueda completarse el expresado número, para que diga quiénes eran los vecinos honrados que hubiesen sido amigos de sus padres (art. 1926). El juez elegirá entre las personas expresadas en el artículo anterior las que deban componer la junta, designando los parientes *alternativamente* de ambas líneas, *empezando por la paterna*» (artículo 1927).—Esta solución responde, en nuestro sentir, al espíritu general del Código, á sus inmediatos precedentes escritos y á la costumbre pirenáica, y puede adoptarse sin escrúpulos en tanto no declare el legislador que fueron otros sus designios.

Insistimos en esta opinión á pesar de haber declarado el Tribunal Supremo, después de la primera edición de esta obra, en sentencia de 17 de Junio de 1893, que la ley, al llamar á los parientes más próximos de ambas líneas, se refiere evidentemente á los más próximos parientes, cualquiera que sea su línea.

La capacidad para formar parte del consejo de familia debe existir en el momento en que se procede al nombramiento de la persona de que se trata, por lo cual, aunque anteriormente tu-

viese capacidad y debiese ser nombrado, si la perdió antes de su nombramiento no cabe designarla como vocal. (Sentencia de 23 Marzo de 1901).

V

Preferencia al pariente de más edad en igualdad de grado.

Si el número de parientes llamados por la ley hasta el sexto grado inclusive no tuviese tasa, ó hubiesen de formar parte del consejo todos los parientes varones, cualquiera que fuese su número, como sucedía en el cantón suizo de Valais por el art. 194 de su antiguo Código civil, sería innecesario el art. 295, segundo de este comentario, por el que se ordena que «en igualdad de grado será preferido para el consejo de familia al pariente de más edad». Así carece de aplicación siempre que el consejo se constituye por la fórmula general, que llama á él á todos los ascendientes y descendientes varones, hermanos y maridos de las hermanas, cualquiera que sea su número. Pero cuando el consejo ha de constituirse con arreglo á alguna de las fórmulas supletorias, como el número de parientes necesarios es limitadísimo, uno, dos, tres, cuatro ó cinco, nunca más, y el de los existentes y capaces puede excederle en mucho, ha sido preciso determinar el orden en que habían de hacerse los llamamientos, y á este efecto constituye la ley un doble criterio: 1.º, la proximidad del parentesco (art. 294); 2.º, la edad (art. 295). La prelación corresponde á los parientes varones *más próximos:* en caso de presentarse dos ó más del mismo grado, al *de más edad.* Otro tanto hacían la ley de 1862 sobre el consentimiento y consejo paterno para contraer matrimonio (art. 4.º), y la de Enjuiciamiento civil de 1881 (art. 1924).

Esta regla es tan natural, que todos los Códigos que han admitido el consejo de familia con número limitado de vocales, la tienen establecida en términos idénticos: así, el francés (artículo 407), como el polaco (art. 375), el italiano (art. 252), el portugués (art. 207), etc.

Se da como razón de ella «la presunción de mayor experiencia» (García Goyena); pero ni siempre el más experimentado es el más viejo, ni sería difícil hallar razones de igual orden y peso que acreditaran la preferencia de los jóvenes sobre los de más avanzada edad. Es sencillamente uno de tantos criterios objetivos de que echa mano el legislador para reducir al mínimum posible la esfera del poder discrecional de los jueces, ante el temor de que no siempre se ejerza con prudencia; ya hemos visto que las Partidas desecharon el criterio de la edad y optaron por el arbitrio judicial cuando había que designar tutor entre varios parientes del mismo grado.

VI

Exclusión de los afines.

Según vimos, dice el artículo que comentamos, que «si no hubiere ascendientes, descendientes, hermanos y maridos de las hermanas vivas, el juez municipal constituirá el consejo con los cinco *parientes* varones más próximos del menor ó incapacitado.» Alguna vez emplea nuestro Código el vocablo parientes en su sentido genérico, incluyendo así los afines como los consanguíneos, v. gr., en el art. 682 («parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad»): en materia de impedimentos para contraer matrimonio, el parentesco por afinidad surte efectos análogos á los que produce el de consanguinidad (artículo 84). Esto supuesto, el vocablo *parientes* del art. 294, ¿comprende á los afines además de los consanguíneos?—A primera vista se diría que sí, puesto que admitiendo el artículo en su primera fórmula de consejo legítimo á «los maridos de las hermanas vivas», parece que por analogía ha de admitir en las supletorias á los maridos de las tías carnales, de las primas hermanas, etc., con tanto más motivo, cuanto que el Código civil de Francia (art. 407) y el de Italia (art. 253), con los consanguíneos llaman expresamente á los afines.

Creemos, sin embargo, que no es así, y que los afines están

excluídos del consejo de familia como vocales legítimos, aun cuando viva la persona que causa la afinidad: 1.º, porque la inclusión de una especie sola («maridos *de las hermanas* vivas») implica la exclusión de las demás, *inclusio unius fit exclusio alterius;* 2.º, porque una de las veces en que el artículo nombra á los «parientes» determina su especie diciendo «*de ambas líneas* paterna y materna», y los afines no pertenecen á ninguna de las dos; 3.º, porque así es, además, en el consejo consuetudinario del Alto Aragón (*ob. cit.*, págs. 35, 46, 47, etc.); 4.º, porque tal parece haber sido la idea que presidió á los trabajos que dieron por resultado el cap. 6.º, tít. 8.º del proyecto de Código civil de 1851: prevenía éste en su art. 191 que entre los parientes llamados á formar parte del consejo de familia, se comprendían «los maridos de las hermanas del menor, mientras éstas vivan», y lo explicaba García Goyena diciendo que «la afinidad es siempre vínculo más débil que el del parentesco de sangre: por esto, el artículo se limita á los cuñados, y mientras vivan sus mujeres hermanas del huérfano».

Así, pues, el juez no discernirá nunca el cargo de vocal del consejo de familia á los afines en concepto de parientes del sujeto á tutela: si acaso, podrá nombrarlos—siendo varones, por supuesto—á título de amigos de los padres, cuando por falta de parientes consanguíneos haya que recurrir á vocales dativos.

Nuestra opinión ha sido confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de Junio de 1905, de la que nos ocuparemos en el comentario del art. 310.

VII

Parientes obligados á ejercer el cargo: si han de ser citados otros además de ellos.

Ordena el artículo que estamos comentando que «si no hubiere parientes varones, *ó no estuvieren obligados á formar parte del consejo*, el juez municipal nombrará en su lugar personas honradas, etc.» Surgen de aquí estas dos cuestiones: 1.ª, qué

parientes están obligados á ejercer el cargo de vocal del consejo y cuáles no; 2.ª, si el juez ha de citar necesariamente á los no obligados, en defecto de obligados, y sólo en el caso de que aquéllos no acepten, nombrar personas honradas; ó si puede, por el contrario, nombrar á éstas sin previa invitación á aquéllos. Para resolverlas debidamente, hemos de establecer una distinción entre parientes colaterales dentro de sexto grado y colaterales de grado más remoto.

No están obligados á ejercer el cargo de vocal en ningún caso: 1.º, los parientes de sexto grado ó más próximos que no residan dentro del radio de 30 kilómetros del juzgado en que radique la tutela; 2.º, los parientes de sexto grado ó de grado más próximos en quienes concurra alguna de las causas de excusa especificadas en el art. 244. Esta limitación al grado sexto se infiere de la relación del art. 297 con el 245.

A unos y otros ha de citar necesariamente el juez. Respecto de los primeros, lo previene categóricamente el art. 297: «debe citarlos el juez municipal». Respecto de los segundos, se deduce del art. 244, «*pueden excusarse* de la tutela y protutela ...», y de la naturaleza misma de la excusa. No exime ésta de la obligación sino en tanto que es alegada y admitida; ni, porque exista, incapacita para el ejercicio del cargo que puede reclamarse como un derecho; y es claro que para que el pariente pueda decidirse entre utilizar el beneficio de la excusa ó renunciarlo, ha de ser convocado por el juez antes de pensar en nombramiento de vocales dativos. Sólo en el caso de que los del núm. 1.º no se presten á aceptar y de que los del 2.º hagan valer alguna excusa y les sea estimada, recurrirá el juez á extraños ó á parientes de grado más remoto que sean personas honradas y amigos de los padres.

No estarán obligados á ejercer el cargo de vocales en concepto de parientes, esto es, como vocales legítimos, los parientes en séptimo y ulteriores grados, aun cuando residan dentro del radio de 30 kilómetros y no concurra en ellos ninguna causa de excusa: así se deduce del art. 245, aplicable á la materia de

consejos de familia por virtud del 298. La razón de esto nos la da el art. 955, que limita el derecho de heredar abintestato, en la sucesión de los colaterales, al sexto grado. Á éstos no tiene obligación el juez de dirigir previa consulta ó invitación para saber si aceptan el cargo; no tienen derecho, como los anteriores á formar parte del consejo, ni, por tanto, á exigir su inclusión en él; la ley los considera como extraños (arts. 84, 245, 956, etc.). Visto que entre los parientes varones del menor ó incapacitado no se completa el número de cinco, el juez procederá inmediatamente á nombrar vocales dativos, eligiéndolos libremente de entre «las personas honradas, prefiriendo á los amigos de los padres»; en este grupo entran, confundiéndose con los extraños, los parientes de séptimo y de ulteriores grados; el juez podrá nombrarlos entonces, pero no á título de tales parientes, sino á título de amigos de los padres, y, por tanto, sin ningún género de preferencia entre sí por razón de grado, ni de ellos con respecto á los extraños.

En todo caso, la proximidad del parentesco ha de apreciarse por la computación civil (art. 919.)

VIII

Composición del consejo legítimo para hijos de dos ó más uniones.

Ya hemos visto que los padres pueden nombrar dos ó más consejos de familia para sus hijos; pero la ley, cuando es ella la llamada á constituirlo, no admite sino una para cada caso de tutela, aunque los sujetos á ella, hijos de una misma persona, sean dos ó más; así se deduce del conjunto de los arts. 201, 208, 293, 294 y otros. Esto supuesto, puede suceder que dicho consejo haya de constituirse: 1.°, para hijos legítimos de un solo matrimonio, ó para hijos naturales de una sola unión ilegítima; 2.°, para hijos legítimos de dos ó más matrimonios, esto es, que sean entre sí hermanos uterinos ó consanguíneos; 3.°, para hijos legítimos y para hijos naturales de una misma persona; 4.°, para hijos naturales habidos por una misma persona en dos

ó más uniones ilegítimas y reconocidos por el padre y las madres, ó por la madre y los padres respectivamente. Dejaremos á un lado el caso primero, que es el normal y ordinario, y el que expresamente se halla enunciado en la ley (arts. 294, 302), y examinaremos los otros tres.

En el segundo caso, el consejo se compondrá de los ascendientes de los menores, que podrán ser tres abuelos y tres abuelas, tratándose de hijos de dos solos matrimonios, y de sus descendientes, hermanos y cuñados.—El tercer caso—dada la asimilación que el Código hace de los hijos naturales á los legítimos, arts. 302, 840, 942, etc.—, queda reducido al primero, si únicamente reconoció á los naturales el padre (*parens*, padre ó madre) de los legítimos con quienes aquellos concurren; y al segundo, si el reconocimiento ha sido hecho por el padre y la madre en esta última hipótesis, el consejo se compondrá de los ascendientes de los menores legítimos y naturales (tres abuelos y tres abuelas, etc., en el caso de un solo matrimonio legítimo y de una sola unión ilegítima), de sus descendientes, etc.— En el caso cuarto, si premurieron las madres, al fallecer el padre común se constituirá un consejo legítimo para todos los hijos, con los ascendientes del padre y de las madres (tres abuelos paternos y tres abuelas maternas, etc., procediendo los sujetos á tutela de dos solas uniones; cuatro si de tres), y demás personas enumeradas en el caso segundo. Si premurió el padre común, adquirieron las madres la patria potestad sobre sus respectivos hijos; cuando alguna de éstas fallezca durante la menor edad de los suyos y sin haber designado consejo testamentario, se formará uno legítimo como en el primer caso; si después muere otra de las madres en iguales circunstancias, podrá hacerse extensivo á sus hijos el consejo aquél, sin más que agregarle los ascendientes maternos, hermanos y demás, como en el caso segundo, ó constituirse otro consejo con los parientes indicados, paternos y maternos. Siendo el caso al revés, una madre común y dos ó más padres, premuriendo éstos, entra aquélla á ejercer la patria potestad; si luego fallece dejando todavía en la menor

edad á los hijos de esas dos ó tres uniones, se constituirá un consejo común con los ascendientes de la madre y con los de los padres, además de los hermanos, etc.; siendo los padres los supérstites, si fallecen éstos durante la menor edad de los hijos, se formará para los de cada uno un consejo distinto del de los demás, entrando en todos como factor común los ascendientes de la madre.—Sobre estos casos generales, la vida, infinitamente varia, formará distintas combinaciones, que el letrado y el juzgador habrán de resolver adaptando á cada una el criterio de la ley que dejamos expuesto.

Ya se entenderá que en el instante en que termine la tutela respecto de alguno de los menores ó incapacitados puestos bajo el amparo y vigilancia de un común consejo, deberán cesar en el cargo de vocales todos los que figuraban en él como consanguíneos exclusivamente de dicho menor ó incapacitado, y eran afines de los demás.

Lo que precede, en la hipótesis de que el consejo haya de constituirse por la fórmula general, con ascendientes, descendientes, hermanos y cuñados. Cuando sean menos de cinco, ó no haya ninguno, se completará aquel número ó se constituirá el consejo con los parientes varones más próximos, no ya de *ambas* líneas paterna y materna, como expresa el Código, sino de las *tres ó más* líneas paterna y maternas ó materna y paternas. La designación *alternativa* que previene el art. 1927 de la ley de Enjuiciamiento civil habrá de empezar por la línea ó líneas paternas, dando la preferencia entre ellas (lo mismo que, en su caso, entre las maternas) á la en que figure el pariente más próximo, y siendo iguales en grado, el más próximo de la una y el más próximo de la otra, á la del que tenga mayor edad: así se deduce de los artículos 294 y 295, y con ello se evitará el tener que recurrir al arbitrio judicial, tal como lo recomendaba en un caso análogo de tutela la ley 11 de la Partida 6.ª, tít. 6.º, diciendo que «el juez debe escoger aquel que entendiese que lo fará mejor e que será más provechoso al huérfano».

En todo caso, será inevitable que se produzca alguna vez

oposición de intereses entre las varias personas sujetas á una tutela común, predominio de unas líneas sobre otras en beneficio de tal menor y daño de tal otro, etc.; pero el legislador no ha previsto el modo de resolver tales colisiones. El caso de un conflicto entre los intereses del tutor y los de su pupilo ha ocupado á todos los Códigos (v. gr., en el nuestro, art. 236, § 2.º); el de un conflicto entre intereses de los pupilos mismos, á ninguno, que nosotros sepamos. Únicamente el Landrecht prusiano de 1794 instituyó para tal hipótesis una curatela. El único remedio que se brinda en la ley es la alzada ante el juez de primera instancia (art. 310) contra aquellas decisiones del consejo que, á juicio de alguno de los interesados, sean gravosas para uno de los pupilos ó para varios.

IX

Qué se entiende por amigos y personas honradas para los efectos de este artículo.

Previénese en él al juez que cuando no pueda completarse con parientes el número de cinco vocales, nombre en su lugar «personas *honradas*, prefiriendo á los *amigos* de los padres del menor ó incapacitado». El criterio señalado aquí á la apreciación del juez es, como se ve, doble: 1.º, honradez; 2.º, amistad. La honradez va en primer término: entre dos personas honradas, deberá preferir al amigo, ó al más amigo; pero entre una persona honrada y no amiga, y otra amiga, pero no honrada, deberá optar por la primera, prescindiendo de la amistad.

La cualidad moral de la honradez debe recibir aquí un sentido muy lato, abarcando todo el conjunto de virtudes que constituyen el ideal del tutor y hacen de este oficio piadoso trasunto fiel de la paternidad: desinterés, humanidad, espíritu de sacrificio, limpieza de costumbres, afabilidad en el trato, firmeza de carácter, rectitud de voluntad y de juicio, arte para educar, sentido práctico de la vida, etc. Sobre esto no cabe dar reglas y

hay que confiarse por completo al arbitrio prudente del juez: muy calificados habrían de ser su error ó su malicia para que prosperase una alzada basada en tal motivo.

Otro tanto ha de decirse de la amistad: el Código no la cualifica; se limita á decir «*amigos* de los padres». El Código civil francés (art. 409) y el italiano (artículos 261 253) previenen que los vocales dativos se nombren entre aquellas personas «que hayan tenido relaciones *habituales* de amistad» con el padre ó la madre del menor según el primero, con el padre según el segundo. En cosa tan sagrada como es la protección del huérfano, no puede la ley reconocer derecho ninguno á amistades de la víspera: sería contrario á toda razón que el juez buscara sustitutos al padre ó á la madre en relaciones superficiales contraídas en la tertulia, en la oficina, en la taberna ó en el café. Para que la amistad se convierta en categoría legal y surta efectos jurídicos, ha de ser muy sólida y estrecha, ha de estar arraigada por una larga tradición, ó por comunidad de intereses y de vida, que hagan de ella á manera de un parentesco. El Digesto definió admirablemente esta amistad jurídica, diciendo: «*Amigos apellare debemus, non levi notitia conjunctos, sed quibus fuerint jura cum patre familias, honestis familiaritatis quaesita rationibus*». Es claro que entre más amigos y menos amigos cabe mucha diversidad de pareceres, por lo cual hay que dejar al juez, en materia de vocales dativos, la más completa libertad. Podrá un amigo de los padres excusar el cargo que se le discierne, porque en el territorio del tribunal donde radique la tutela haya parientes del menor ó incapacitado dentro del sexto grado (arts. 298-245); podrá uno de estos parientes reclamar la exclusión del amigo de los padres nombrado con preterición de él (art. 294); pero no podrá excusarse ninguna persona honrada fundándose en que existen otras en el distrito que estuvieron ligadas á los padres con vínculos de amistad más íntimos; ni, por el contrario, reclamar su inclusión con preferencia á otros, fundándose en que éstos fueron menos amigos que ellas de los padres. Exceptúase, por de contado, el caso en que la elección hecha por el juez sea tan notoria-

mente desacertada, que haya motivo para sospechar de su parte parcialidad, apasionamiento ó malicia.

X

Si han de tener el mismo domicilio de la tutela los vocales dativos.

Según el Código civil francés, el juez ha de tomar estos vocales de entre los amigos de los padres que estuvieren domiciliados en el pueblo donde ha de nombrarse el tutor (art. 409); según el Código civil de Portugal, de entre los domiciliados en el territorio del juzgado donde se hizo el inventario (arts. 207-208). ¿Admite también nuestro Código esta condición? Los vocales dativos, ¿han de ser vecinos del pueblo donde va á constituirse el consejo? ¿Puede el juez nombrarlos de fuera? ¿Es causa legítima de excusa el hecho de residir en pueblo diferente? También este detalle ha sido pasado en silencio por el Código, y no nos dan gran luz sus precedentes.

El más inmediato de ellos, que es en este respecto la ley de Enjuiciamiento civil vigente, establece, copiándolo de la ley de 1862 (art. 6.º), que «á falta de parientes, se completará la junta con *vecinos* honrados, elegidos, siendo posible, entre los que hayan sido amigos de los padres del menor» (art. 1925). El Proyecto de 1851 quería también que fuesen «*vecinos* honrados, elegidos entre los que hayan sido amigos de los padres del menor», siendo éste hijo legítimo (art. 196), y «*vecinos* nombrados entre los amigos del padre ó madre que haya reconocido al hijo», siendo éste natural (art. 268): donde parece que ha de entenderse «vecino del lugar en que radica la tutela», ó de otro modo, que tengan el mismo domicilio del menor.—El Código que comentamos compone el consejo de familia para los hijos ilegítimos no naturales con «el fiscal municipal y cuatro *vecinos* honrados» (artículo 302), pero el de los legítimos y naturales con «*personas* honradas, prefiriendo á los amigos de los padres (artículos 294 y 302), y se pregunta: estas «personas», ¿han de tener su residencia necesariamente en el distrito municipal donde se halla

domiciliada la tutela, ó puede el juez nombrarlos de domicilio diferente?

En sentir nuestro, cuando el Proyecto de 1851 y las leyes citadas de 1862 y 1881 dijeron «*vecinos honrados*», no entendieron usar el vocablo «vecino» en su sentido técnico, con el valor que tiene en derecho administrativo, sino como sinónimos de «ciudadanos», que dice el Código francés, ó *personas honradas*, que dice el español; esto es, con el valor que tiene en la vida común; sin que valga decir, como García Goyena dice, que se impone el tener el mismo domicilio del menor, «porque no debe exigirse de extraños las molestias y sacrificios que de los parientes»: eso será cuenta suya, dejándolos en libertad de aceptar ó no. Ahora no se trata de si es ó no obligatorio el cargo para los no residentes fuera del domicilio de la tutela, sino de si será válido el nombramiento, caso de que el juez los nombre y ellos acepten. En todo caso, con mejor ó peor fundamento, podría disputarse acerca de esto si el Código hubiera mantenido la designación aquella de la ley de Enjuiciamiento civil del Proyecto de 1851, «vecinos honrados»; pero sin duda, para evitar cavilaciones y comentarios, la retiró el legislador, sustituyéndola por la más general de «personas honradas». Es claro que el juez municipal, á no aconsejarle otra cosa circunstancias muy especiales, procurará elegir los vocales dativos entre residentes de su jurisdicción; pero ha hecho bien la ley en dejarle gran latitud, porque sucederá algunas veces, sobre todo en lugares de corto vecindario, no encontrarse en él personas que posean á un tiempo y en grado suficiente las dos condiciones exigidas ó recomendadas por la ley (honradez, amistad), y haberlas en los distritos colindantes. En conclusión, el cargo de vocal del consejo no se halla sometido á la condición de la residencia ó domicilio, ni respecto de los parientes ni respecto de los extraños.

Pero á partir de este punto, la regla se divide, siendo una para los parientes dentro de sexto grado y otra diferente para las demás personas. Respecto de los primeros, dice el art. 297 del Código, y más claramente el art. 1925 de la ley de Enjuicia-

miento civil, que tienen obligación de formar parte del consejo, cuando residan dentro del radio de treinta kilómetros del juzgado en que radique la tutela. A *contrario sensu*, dedúcese de la misma regla que no pueden ser obligados á otro tanto los extraños y los parientes de grados ulteriores al sexto, cuando residan dentro de dicho radio; y como, por otra parte, sabemos que el cargo de vocal del consejo es igualmente obligatorio que los de tutor y protutor, llegamos á esta conclusión: que sólo á los amigos que residan en el territorio del juzgado en que se halla organizada y funciona la tutela—no á los que residan fuera de él, aunque sea dentro del radio de 30 kilómetros—podrá obligarse á que formen parte del consejo de familia.

XI

Condiciones generales de la capacidad para ser vocal del consejo de familia.

Hasta aquí nos hemos ocupado de las circunstancias especiales que han de concurrir en las personas para ser vocales, ora testamentarios, ora legítimos ó dativos, del consejo de familia: sexo, parentesco, amistad, residencia, etc., en relación con el menor ó incapacitado de cuya tutela se trata. Pero además de esas, requiérense las generales de la capacidad jurídica, las cuales han de tener presentes los padres para que sean válidos sus llamamientos, lo mismo que el juez en el caso de que el consejo se constituya por ministerio de la ley. De ellas nos ocuparemos, en su aplicación especial á la materia, al comentar el artículo 298.

ARTÍCULO 296

Los Tribunales podrán subsanar la nulidad que resulte de la inobservancia de los artículos anteriores, si no se debiere al dolo ni causare perjuicio á la persona ó bienes del sujeto á tutela, pero reparando el error cometido en la formación del consejo.

I

Casos en que son nulos los acuerdos del consejo por ilegalidad en su constitución.

El artículo dice: «nulidad que resulte de la inobservancia de los artículos *anteriores*», esto es, de haberse cometido alguna irregularidad en cuanto á la forma de la citación, á la competencia del juzgado ó á la composición del consejo; por tanto, también entra en el concepto de este artículo la nulidad resultante de la inobservancia del 298, no obstante hallarse colocado *después* que aquél, en razón á ser, lo mismo que el 295, una dependencia y como ampliación suya. Otro tanto ha de decirse del 302, que es una referencia general á los 293, 294 y 295 y los reproduce virtualmente.

La nulidad á que se refiere el presente artículo, es la que resultaría de constituir el consejo:

1.º En un lugar distinto del debido, esto es, por un juez incompetente, á virtud de una equivocada interpretación del vocablo *existir*, usado en el art. 293 ó por otra causa (1).

2.º Doble, ó sea dos consejos de familia, para un mismo menor ó incapacitado, ó para varios hijos de una misma persona, en localidades diferentes, con ó sin nombramiento por ellos de otros tantos tutores, etc., conflicto que alguna vez se ha producido en Francia y al que se presta también la indeterminación y vaguedad del verbo *existir* antes mencionado.

3.º Con vocales legítimos, habiendo designado otros el padre ó la madre en su testamento.

4.º Con vocales designados por el cónyuge premuerto, habiendo designado otros el cónyuge supérstite.

---

(1) Es distinto el caso en que el consejo, constituído en el domicilio de la tutela ó fuera de él, pero con las personas llamadas por la ley, se reuna en lugar distinto del en que residen el tutor y la persona sujeta á tutela, porque así lo hayan convenido, con más razón si el padre lo dispuso ó autorizó. Nada se opone en la ley á que el tutor y el pupilo se trasladen un día al lugar donde el consejo vaya á celebrar su junta, ó los vocales de éste al lugar en que aquéllos residan.

5.º Con parientes, amigos ó extraños excluídos por los padres, ó con parientes, amigos ó extraños designados por el cónyuge premoriente y excluídos por el supérstite.

6.º Con personas designadas por un pariente ó extraño que dejó al sujeto á tutela herencia ó legado de importancia, siendo distintas de las llamadas por la ley.

7.º Con parientes colaterales de tercero ó ulteriores grados, habiendo ascendientes, descendientes, hermanos y cuñados en número de cinco ó más.

8.º Con solos cinco, seis, etc., ascendientes, descendientes, hermanos y cuñados, habiéndolos en mayor número.

9.º Con más ó con menos de cinco parientes ó amigos, fuera del caso en que deban formarlo todos los indicados en el número anterior.

10. Con parientes de una sola línea, habiéndolos en las dos, ó, en su caso, en las tres ó más.

11. Asimismo, si se diere cabida en el consejo á los maridos de las hermanas que hubiesen ya fallecido.

12. Si se admitiesen en el consejo legítimo ó dativo mujeres parientes, amigas ó extrañas.

13. Si se diese la preferencia á parientes menos próximos, ó en igualdad de grado al de menos edad.

14. Si no se citase en tiempo y forma, para la sesión en que había de constituirse el consejo, á todos los ascendientes, descendientes, hermanos y cuñados, y en su caso á los residentes fuera del radio de 30 kilómetros.

Y en los demás casos análogos á éstos, en que se infringieren en todo ó en parte las reglas concernientes á la composición y constitución del consejo.

En todo esto se parte del supuesto de que las personas á quienes el juez ha discernido el cargo de vocales tenían la capacidad general necesaria para ejercerlo, que no adolecían de ninguna de las causas de inhabilitación que expondremos más adelante, pues entonces la nulidad sería insubsanable.

II

Cuándo deben verificar los Tribunales esa subsanación.

Dice el artículo que «*podrán* los Tribunales subsanar, etc.», y pudiera entender quien precipitare el discurso: 1.°, que los Tribunales son árbitros de negar tal subsanación, aun concurriendo las dos circunstancias de que el Código la hace depender; 2.°, que tienen facultad para inspeccionar los actos y procedimientos del consejo y declarar válidos ó nulos sus acuerdos cuando adviertan alguna irregularidad en la formación ó en la composición del mismo. No es esto, sin embargo; lo que el artículo dice es que cuando el consejo de familia se hubiere formado en contravención á la ley, serán nulos sus acuerdos si la irregularidad fué maliciosa, ó si, aunque no haya intervenido dolo, se causó algún perjuicio al menor; y que cuando por parte legítima se haga valer la nulidad, los tribunales apreciarán si hay ó no causa para declararla.—La ley ordena que se forme el consejo por determinado juez y con determinadas personas: faltando alguno de esos requisitos, constituyéndose en distinto lugar ó con elementos diferentes, lo disuelve y reconstituye, pero no anula los acuerdos que hubieren surtido ya su efecto, cuando en ellos no ha padecido el fin primordial de la institución, que es el interés del sujeto á tutela. La nulidad de que se trata no se produce *ipso iure*, ni se presume *à priori* por la sola declaración virtual de la ley; es preciso que los tribunales la declaren en cada caso, y para ello que ejerciten la acción competente las personas á quienes asista, probando dos cosas: 1.ª, que el consejo adolece de un vicio de forma en su constitución: 2.ª, que ese vicio ha sido debido al dolo, ó bien que el acuerdo adoptado en tales condiciones y cuya anulación se pide, ha irrogado perjuicios al menor en su persona ó en sus bienes. Tal es, á nuestro entender, el alcance y sentido del art. 296.

Declaran los Códigos civiles francés (art. 1314) é italiano (art. 1304), que cuando se han cumplido las formalidades reque-

ridas con respecto á menores ó incapacitados, sea para la enajenación de inmuebles, sea para la división de una herencia, los actos se consideran igualmente firmes y eficaces que si se hubieran realizado por mayores de edad enteramente capaces. Esta regla rige asimismo entre nosotros, aunque expresamente no la enuncie el Código. Supongamos que por un tutor á quien se ha discernido el cargo y que lo ejerce válidamente se enajena una finca perteneciente á su pupilo, con anuencia y autorización del consejo de familia esa venta será firme y definitiva, y contra ella no cabrá ejercitar acción ninguna de rescisión ni de nulidad (arts. 269, 1291, etc.) (1). Pero si el consejo de familia, llamado con el tutor á completar en aquel caso la personalidad jurídica del menor, se halla constituído de una manera arbitraria ó distinta en todo ó en parte de la prevenida por su ley orgánica, que es el título del Código que estamos comentando, propiamente y en realidad de derecho no existe consejo; hay nada más una apariencia de tal; por consiguiente, intervino en el acto del otorgamiento una falta de capacidad, ó si se quiere, un *defectus potestatis*, lo mismo que si hubiese sido verificado por el tutor solo sin mediación de consejo de ninguna clase: por lo tanto, el acto fué nulo, porque le faltaba una de sus condiciones esenciales.

Pero hay nulidades y nulidades en el Código. Las unas las declara éste con carácter absoluto é incondicional; por ejemplo, la de los contratos sin causa ó con causa ilícita, los cuales no producen en ningún caso efecto alguno (art. 1275). Los actos y contratos de esta clase son nulos *per se*, independientemente de la voluntad de los interesados en ellos, y por esto no se convalidan en ningún caso, pudiendo ser impugnados en cualquier tiempo. Son nulidades «de orden público», como se dice, que

(1) Lo único que cabría antes de llevarse a cabo la enajenación, sería alzarse contra el acuerdo del consejo que la autorizó, en los términos del artículo 310 del Código; después, no cabe otra acción que la de indemnización de daños y perjuicios contra el tutor y el consejo, ó contra quien los hubiese causado: se ha suprimido en el Código la antigua *restitución in integrum* para estos casos.

afectan á la raíz y sustancia misma del derecho; por cuya razón su representante visible, la ley, las declara en absoluto invalidables.

Otras, por el contrario, recaen sobre actos cuya forma y cuyas condiciones entran de lleno en la esfera de lo opinable y admiten alguna diversidad: la infracción de la regla impuesta como ideal á la voluntad por el legislador, no envuelve á los ojos de las gentes ninguna «inmoralidad» ni alarma ó escandaliza al cuerpo social; y la anulación del acto obrado en tales condiciones y su reducción al tipo de la ley—su reparación—sería una violación del derecho individual, que autoriza al sujeto para ceder ó renunciar dentro de ciertos límites lo suyo, ó bien lesionaría, más que la tolerancia de la infracción, los intereses de la misma persona en cuyo favor se había introducido la nulidad. Son hechos contra ley, á los cuales se resigna ésta á reconocer eficacia jurídica cuando á pesar de su prohibición se han consumado, como dice una antigua máxima: *multa fieri prohibentur, quœ si fuerint facta, obtinent firmitatem*. Así, por ejemplo, la enajenación de bienes otorgada y las obligaciones contraídas por la mujer casada sin licencia de su marido, son nulas, por expresa declaración del art. 62; pero á condición de que así lo quieran y reclamen el marido y sus herederos, únicos á quienes dichos actos de la mujer pudieran perjudicar, según advierte el art. 65, aplicación de aquella máxima de derecho: *quando actus nullus est favore alicuju intelligitur, si ipse velit esse nullus*. En igual caso están los contratos en cuya celebración medió error, dolo, violencia, etc., que no obstante ser ante la ley positiva nulos, no se anulan por los tribunales como no lo solicite por vía de acción ó de excepción alguno de los obligados (arts. 1300 y 1301). Son, diríamos, nulidades facultativas entregadas por la ley al arbitrio libre de las partes, y que pasado un cierto tiempo desaparecen, tornándose válidos y firmes, aun para la ley, los contratos que de ellas adolecían.

Existe un tercer género de nulidades, y á él pertenece la del art. 296 que estamos comentando. Los negocios de las personas

sujetas á tutela revisten un carácter mixto: tienen un aspecto privado, que se representa en el consejo de familia, y otro aspecto público, en cuanto que la ley no se ha desentendido del todo de la protección directa ó inmediata de los menores é incapacitados. En consonancia con esto, establece los tres supuestos siguientes: 1.º Si la ilegalidad cometida en la constitución del consejo de familia fué intencionada y dolosa, la nulidad que afecta á los actos ejecutados con autorización de tal consejo, se refiere (háyanse lesionado ó no con ellos los intereses del sujeto á tutela) al primero de los dos tipos que acabamos de definir: es nulidad de orden público y no pueden convalidarse por confirmación expresa ó tácita del propio consejo ni por el transcurso de tiempo: ejercitada y probada la acción de nulidad, los tribunales han de declararla necesariamente. 2.º Cuando por los actos ejecutados con autorización del consejo ilegal se ha perjudicado al menor en su persona ó en sus bienes (lo mismo si fué inocente, que si fué maliciosa la ilegalidad cometida en su constitución), la nulidad es también absoluta y de orden público, y los tribunales han de pronunciarla si por parte legítima así se interesa en cualquir tiempo. 3.º En todos los demás casos, esto es, cuando la ilegalidad fué debida á mero error, y además los actos de cuya eficacia se trate no han causado lesión alguna al menor ó incapacitado, la nulidad es del segundo tipo, y por tanto, subsanable en cualquiera de las tres formas que indicaremos luego.

La razón de esto no puede ser más obvia. El Código ha abolido el beneficio de la restitución *in integrum* que la legislación anterior concedía á los menores, por haber enseñado la experiencia que sus ventajas estaban más que contrapesadas con los perjuicios que irroga á los menores, aminorando su crédito, retrayendo de contratar con ellos á las personas previsoras, ante a amenaza de una rescisión que dejaba sus derechos en incierto, ó haciéndolas más exigentes en caso de compra ó préstamo, ó induciéndoles á dañosas confabulaciones. Ahora bien: ese inconveniente se reproduciría ahora, y con agravantes, si la con-

tratación sobre bienes de menores dependiese en cuanto á su validez de la estricta y rigurosa observancia de las formas en la constitución del consejo. No sería racional ni prudente exigir á los que se proponen contratar con menores que practiquen una información difícil, costosa y no siempre concluyente, para averiguar si el consejo se halla formado con arreglo á derecho. El juez tiene que aceptar como buenas las más de las veces las manifestaciones de los interesados acerca de quiénes son y dónde residen los parientes más próximos del sujeto á tutela, ó sus ascendientes, descendientes, etc., y en eso puede suceder que se le haya ocultado sin dañada intención, por olvido, por negligencia, por error ó por ignorancia, la existencia de alguno que aparece después, cuando ya el consejo se halla en ejercicio y ha autorizado un préstamo, una venta, un litigio. En otro orden, ocurrirá alguna vez la necesidad de adoptar providencias urgentes, que no permitan aguardar la llegada de vocales residentes á largas distancias, y que el juez forme provisionalmente el consejo con otras personas mientras aquéllas llegan, contando con que confirmarán lo hecho por éstas, ó, en su caso, con que los tribunales subsanarán la nulidad. Hasta se concibe el caso de que el juez excluya deliberadamente, omitiendo el citarlo —y en esto nos salimos ya de la letra de la ley—, el pariente más próximo, juzgándole indiferente ú hostil al menor, para llamar en lugar suyo á otro más lejano ó á un amigo de los padres, cuyas cualidades personales ofrezcan mayores garantías al sujeto á tutela, y que durante mucho tiempo guarde silencio el excluído, por indiferencia ó por ignorancia, ó que trate de atacar los actos del consejo por mala voluntad, sin poder acreditar dolo ó perjuicio al menor (1). En todos estos casos, el acto ó contrato, aunque viciado en la forma, quiere la ley que convalezca por voluntad tácita ó expresa

(1) En Francia se ha declarado por la jurisprudencia de los Tribunales que el juez tiene derecho á nombrar amigos de los padres con exclusión de parientes que vivan en el distrito ó dentro de un radio de dos miriámetros, no haciéndolo por malicia ó dolo, y sólo porque lo crea conveniente á los intereses del menor ó incapacitado.

de los interesados, ó, en su caso, que lo convaliden los Tribunales, con tal que resulte que no se echaron de menos en él las garantías establecidas por la ley en interés del menor, esto es, que á pesar de la ausencia de ellas, no fué éste víctima de ningún género de lesión en su persona ni en sus bienes, ni al infringir la ley se hizo escarnio de ella, burlándola de propósito con dañados fines. Anular los actos ejecutados en tales condiciones no sería ya favorecer al menor: sería, al revés, perjudicarle gravemente.

En resumen: cuando se ejercita la acción de nulidad fundada en haberse constituído irregularmente el consejo, los Tribunales deberán estimarla y anular el acto ó contrato impugnado, únicamente en el caso de que concurra una de estas dos circunstancias: 1.ª, lesión con ó sin dolo; 2.ª, dolo con ó sin lesión. Si no se prueba la concurrencia de alguna de estas circunstancias, la ley autoriza á los Tribunales para subsanar la nulidad con la aprobación del acto; pero acordando á la vez la reparación del error cometido en la constitución del consejo de familia, á fin de legalizar su situación para los actos sucesivos.

III

Modos de subsanarse la nulidad: confirmación, prescripción, sentencia judicial.

Hemos visto en qué casos es subsanable la nulidad resultante de la inobservancia de los arts. 293, 294, 295, 297 y 302 del Código. Las formas como esa subsanación puede conseguirse son las tres siguientes:

1.ª *Confirmación.*—«La acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente» (art. 1309). La confirmación puede hacerse expresa ó tácitamente: se entiende que hay confirmación tácita cuando con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho á invocarla ejecutare un acto que

implique necesariamente la voluntad de renunciarla» (artículo 1311). «La confirmación purifica el contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración» (art. 1313). Según esto, podrán confirmar el contrato nulo por ilegalidad en la constitución del consejo que lo hubiere autorizado: 1.º, el consejo mismo, una vez reparado el error, una vez constituído aquél en el lugar y forma prevenidos por la ley; 2.º, el menor ó incapacitado, una vez que hubiere salido de la tutela.

En este punto será bien transcribir el art. 1309 del Código civil italiano, que ilustra la doctrina del nuestro que acaba de reproducirse. «La escritura de conformidad ó ratificación de una obligación contra la cual se da en la ley acción de nulidad, no será válida si no expresa la sustancia de la obligación misma, el vicio de que adolece y en que dicha acción se funda, y la declaración de que tal vicio quiere corregirse. A falta de escritura de conformidad ó ratificación, bastará que la obligación sea cumplida voluntariamente en todo ó en parte por quien conozca el vicio, desde el tiempo en que la obligación misma podía válidamente confirmarse ó ratificarse. La confirmación, ratificación ó cumplimiento voluntario, según las formas y en las épocas determinadas por la ley, produce la renuncia á los medios y excepciones que podían oponerse contra el documento indicado, aunque siempre sin perjuicio de los derechos de terceros.»

2.ª *Prescripción.*—En el lugar que ocupa nuestro Código el art. 296 que estamos comentando, dice el de Italia que «transcurridos seis meses desde el día de la primera convocatoria, no podrán ser impugnados los actos del consejo de familia por motivos de incompetencia ó irregularidad en su constitución» (artículo 256): la regla general es allí que la acción de nulidad dure cinco años (art. 1300). No ha procedido de igual modo nuestro Código: no ha señalado término especial para la prescripción de las nulidades engendradas en dicha causa; razón por la cual ha de estarse á la prescripción general de los cuatro años, contados desde que el menor ó incapacitado hubiere salido de la tutela (art. 1301), ó en su caso, á la de cinco años que establece el ar-

tículo 287 para las acciones que recíprocamente asistan al tutor y al menor por razón del ejercicio de la tutela.

Transcurrido que sea ese plazo, la persona que contrató con el ex menor podrá oponer á la demanda de nulidad que entablare el menor ó incapacitado la prescripción, en concepto de excepción perentoria, con arreglo al art 542 de la ley de Enjuiciamiento civil. Los Códigos de Italia (art. 1302) y de Portugal (artículo 693), han tomado del derecho romano una regla que se sobreentiende en el nuestro, á saber: que «la *excepción* de nulidad puede oponerse en todo tiempo por el que sea apremiado al cumplimiento de las obligaciones que contrajo en el contrato nulo»: ó lo que es igual, prescribe la acción, pero no prescribe la excepción.

3.ª *Sentencia judicial.*—Es el caso definido concretamente en el art. 296. Uno de los comentaristas del Código, profesor de Derecho, hace observar que «la ley no dice en este artículo ni en ningún otro cuál es el procedimiento que debe incoarse y seguirse ante los Tribunales para subsanar el vicio de nulidad que llevan aquellos actos, ni qué personas pueden promover estos juicios.» Tampoco hacía falta que lo dijera: para lo primero está la ley de Enjuiciamiento civil, y respecto de lo segundo, hay doctrina suficiente en el libro 4.º, tít. 2.º, capítulos 5.º y 6.º del Código.

Por lo pronto será necesario ejercitar la acción de nulidad: los actos nulos de cualquier naturaleza que sean, aun adoleciendo de una nulidad absoluta y de orden público, surten los mismos efectos jurídicos que si fuesen válidos, mientras los Tribunales no lo declaren, por el principio de que nadie puede hacerse justicia á sí propio; y los Tribunales no declaran nulidades por iniciativa propia ni á instancia del Ministerio fiscal, sino á instancia de parte legítima. Es esto una consecuencia necesaria del poder que tienen las personas de confirmar tácita ó explícitamente, y aun por simple omisión, dejando pasar tiempo, los contratos nulos por vicio de forma. El Tribunal Supremo tiene declarado que «la doctrina de que la nulidad de los actos por re-

ferirse al orden público, no se puede cubrir con la ratificación y con la prescripción, no está admitida por la jurisprudencia; y cuando se deja pasar el tiempo que la ley señala para reclamar la nulidad, el acto, aunque en sí sea nulo, queda subsistente, siendo, por tanto, inadmisible también la doctrina de que la nulidad que proviene de un vicio radical puede reclamarse en cualquier tiempo; pues se opone á que sea admitida como tal la ley recopilada que señala el término en que la nulidad puede invocarse». (Sentencias de 19 de Octubre de 1866 y 27 de Abril de 1867, etc.)

El ejercicio de tal acción ha de hacerlo precisamente la parte del menor ó incapacitado; las personas capaces que contrataron con él no pueden hacer valer su incapacidad para reclamar la anulación del contrato, según el art. 1302 del Código, que tiene precedente en la Partida 6.ª, tít. 16, ley 17. Se trata de una nulidad establecida en beneficio de incapaces, y sólo á ellos corresponde el utilizarla ó renunciarla. Así es tambien en Francia, donde la jurisprudencia tiene declarado que la nulidad de una venta de menores por falta de las solemnidades prescritas en la ley ha sido introducida en favor de estos últimos, y no puede, por tanto, asimilarse á la venta de cosa ajena, aun en el caso de que sea el tutor el culpable de dicho defecto, por cuya razón no podría ser éste invocado eficazmente por la persona capaz que contrató con el expresado menor. En su consecuencia, podrán ejercitar la acción de nulidad en el presente caso el sujeto á tutela, cuando haya salido de ella, y antes sus representantes, el tutor y el consejo, aunque proceda de éstos ó del juez la irregularidad.

La parte del menor demandante habrá de probar, para que prospere su acción: 1.º, que la constitución del consejo de familia por quien fué autorizado el acto cuya anulación se pretende, fué irregular, ó sea que se infringió en ella alguno de los artículos 293, 294, 295, 297 ó 302 del Código; 2.º, que esa irregularidad fué debida al dolo, ó que el acto le causó perjuicio en su persona ó en sus bienes.—El demandado podrá excepcionar la

confirmación tácita ó expresa, si la hubiere habido, ó la prescripción si procede, ó impugnar la demanda acreditando que el acto ó contrato objeto de ella no lesionó á la parte actora, ó que no medió dolo en la constitución del consejo.

Si fuese el contratante capaz quien entablase la demanda de nulidad, fundada en la ilegalidad del consejo, podrá oponérsele su *falta de acción*, mas no como excepción dilatoria, por el artículo 533, § 4.º, de la ley de Enjuiciamiento civil, confundiendo la falta de acción con la falta de personalidad, según es tan frecuente en los recursos de casación, origen de ruina y amargura para los litigantes y de sorpresas para los letrados, que se encuentran á cada paso con que interpusieron el recurso de casación por quebrantamiento de forma (art. 1693, § 2.º), cuando debían haberlo hecho por infracción de ley ó de doctrina legal (artículo 1692). La falta de acción habrá de proponerse como excepción perentoria (art. 542 de la misma ley de Enjuiciamiento civil), por afectar al fondo del juicio (arts. 296 y 1302 del Código civil y no á la forma del procedimiento), según se halla repetidamente declarado por el Tribunal Supremo. (Sentencias de 7 de Mayo y de 20 de Enero de 1866, 9 de Julio de 1870, 8 de Noviembre de 1871, 8 de Noviembre de 1872, 25 de Noviembre de 1880, 6 de Junio de 1881, 14 de Mayo de 1884, etc.)

Cuando por el tutor se entable una demanda en nombre de su pupilo, fundada en alguna acción real (es dudoso que tenga aplicación esta regla al caso de las acciones personales), podrá proponer el demandado, sea en artículo previo ó en el mismo escrito de contestación, la excepción dilatoria de falta de personalidad en el actor, alegando al efecto la irregularidad en la constitución del consejo que nombró á dicho tutor ó que le autorizó para litigar, al tenor del art. 269, § 13 del Código. Tal alegación es admisible en este caso especial, no obstante venir de la parte opuesta al pupilo, no sólo porque va encaminada á precaverla contra la acción de nulidad que el día de mañana, si el pleito se falla á favor suyo, pudiera ejercitar el propio menor ó incapacitado, fundándose en dicha irregularidad, sino, además, porque

también al menor interesa que no quede pendiente la posibilidad de nuevos litigios. Los Tribunales apreciarán, entrando en el fondo de la cuestión, si los intereses del menor estuvieron suficientemente garantidos en aquel caso, no obstante la irregularidad, ó, por el contrario, se lesionaron, y si es ó no de subsanar aquélla, para estimar ó desestimar la excepción. Sobre este punto especial sientan doctrina Aubry y Rau y Laurent, á propósito de algunas sentencias de la Audiencia de Bruselas sobre el particular.

Hasta aquí llevamos estudiado el caso de nulidad resultante de haberse constituído irregularmente el consejo de familia; pero ¿y si no se constituyó éste de ninguna manera y el tutor ejecutó alguno de los actos numerados en el art. 269 del Código? ¿Será subsanable dicha nulidad?—Por vía de confirmación, parece indudable que sí; según el art. 1310, sólo son confirmables los contratos en que han concurrido los tres requisitos esenciales del 1261, entre ellos el «consentimiento de los contratantes»; en los contratos de menores, quien propiamente presta el consentimiento por éstos es el tutor, según se deduce de los arts. 262, 269, 275 y otros; porque le falte la autorización del consejo, no deja de haber consentimiento, si bien se halle éste prestado de un modo irregular y deficiente; podrá, por tanto, confirmar válidamente el acto ó contrato en cuestión el consejo de familia, luego de constituído, y por de contado, el menor ó incapacitado á la conclusión de la tutela.

También hemos de creer extinguible la acción de nulidad en dicha hipótesis por la prescripción de cuatro años, sabiendo que ésta se halla fundada en la voluntad presunta de las partes y en la necesidad de dar estabilidad y certidumbre á los derechos.

¿Podrán subsanar los Tribunales aquella nulidad, cuando se ejercite por parte legítima la acción correspondiente? A primera vista parece que sí, puesto que el artículo objeto de este comentario dice: «la nulidad que resulte de la inobservancia *de los artículos anteriores*», y entre ellos figura el 293, que ordena simple-

mente la «constitución del consejo»; pero como más adelante añade que ha de repararse inmediatamente «el error cometido *en la formación del consejo*», hemos de deducir que sólo en el caso de que haya intervenido en el acto nulo autoridad de un consejo de familia, bien que irregularmente formado, están facultados los Tribunales para subsanar la nulidad contra la voluntad de una de las partes, desestimando su demanda. Y realmente, el caso es muy distinto. No se puede exigir al particular que contrata con un menor, como tampoco al notario ni al registrador, que sepan si tal determinado consejo de familia se halla constituído en la forma prescrita por la ley, no apareciendo á la simple vista ni resultando siquiera de la inspección del acta la existencia de la irregularidad que haya podido cometerse en su constitución; pero sí puede exigírseles que sepan que la ley prescribe la formación de un consejo y su intervención en el contrato para que éste sea eficaz. Hay, además, una razón de analogía: por el art. 1291, los menores ó incapacitados tienen acción para pedir la rescisión de aquéllos «contratos *que pudieren* celebrar los tutores sin autorización del consejo de familia», esto es, de los no especificados en el art. 269, cuando en ellos hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del justo precio; y no, por la razón contraria, para pedir la rescisión de los contratos que los tutores no pudieren celebrar y hubieren celebrado sin aquella autorización, por la sencilla razón de que los primeros son válidos y los segundos no. De igual suerte, la nulidad de los contratos que los tutores pudieren celebrar y hubiesen celebrado con autorización del consejo de familia ha de ser subsanable, y no, *a contrario sensu*, la nulidad de los contratos que los tutores no pudieren celebrar y hubiesen celebrado sin dicha autorización.

IV

Eficacia de esta regla con respecto á los terceros.

Hemos visto que en Italia, según el art. 256 de su Código civil transcurridos seis meses desde el día de la primera convo-

catoria del consejo de familia, no pueden ya ser impugnados los actos de ésta por motivos de incompetencia ó irregularidad en su constitución; pero añade: «Sin embargo, durante aquellos seis meses, *no podrán anularse esos actos en perjuicio de los terceros de buena fe*». Lo cual quiere decir que no se da acción ninguna para anular los actos del consejo ilegal contra terceros interesados en ellos, como no se pruebe que obraron de mala fe, sin perjuicio, por supuesto, de las acciones personales que procedan entre el menor y su cootorgante.

Esta excepción que declara irresponsables é inmunes á los terceros en materia de nulidades nacidas de ilegalidad en la constitución del consejo, y que tiene semejante en el Código de la Luisiana (art. 1798), habría sido de justicia trasladarla al nuestro, y se habría trasladado á no quedar subsistente la ley Hipotecaria. La acción de nulidad á que el presente artículo (296) se refiere, ocupa en cierto modo el lugar del antiguo beneficio de restitución *in integrum*, por lo cual, debiera habérsele puesto aquella restricción que el proyecto de Código civil de 1851 ponía á dicho beneficio: «solamente tiene lugar contra (la persona) que contrató con el tutor ó curador, y no contra los ulteriores adquirentes, á no ser que hubiesen adquirido de mala fe» (art. 1174); «es decir—glosa García Goyena—, sabiendo que la había habido en la primera adquisición».

Esta excepción se dará en España únicamente, por virtud del art. 608 del Código, cuando se trate de actos ó contratos inscribibles en el Registro de la propiedad y el tercero en cuestión los haya hecho inscribir. Según la Real orden de 28 de Agosto de 187?, en relación con el art. 269 del Código, los notarios que sean requeridos para autorizar algún acto ó contrato de venta de bienes de menores ó incapacitados ú otros semejantes, exigirán de los contratantes la justificación de haberse concedido la competente licencia por el consejo de familia: los registradores admitirán á inscripción la escritura si consta en ella dicha circunstancia. Ni el notario ni el registrador tienen que depurar si el consejo que autorizó la venta, hipoteca, cancelación, etc.,

estaba bien ó mal constituído: les bastará saber que se formó con autoridad del juez. Ahora bien, no constando la irregularidad en el Registro, no puede perjudicar á tercero: por consiguiente, si el que contrató con el menor traspasa su derecho por título oneroso á otra persona ignorante de la irregularidad y el nuevo contrato se inscribe en el Registro, no podrá ser anulado ya, aun cuando aquélla haya sido debida al dolo ó en el acto haya salido perjudicado el menor. Así se deduce de los artículos 34, 36, 38 y otros de la ley Hipotecaria. Para reparar el daño que haya sufrido en sus intereses el sujeto á tutela, no tendrá éste sino acción personal contra los individuos del consejo que votaron la autorización por negligencia ó por malicia (art. 312).

No tratándose de inmuebles ó derechos reales, ó no habiéndose inscrito en el Registro de la propiedad los actos ó contratos objeto de ellos, la acción de nulidad á que se contrae el artículo 196 del Código afecta á los terceros adquirentes lo mismo que al primero.

V

Rectificación del consejo: sentido del artículo en este punto.

El artículo consta de dos miembros: 1.º, «los tribunales podrán subsanar la nulidad que resulte de la inobservancia de los artículos anteriores...»; 2.º, «*pero* reparando el error cometido en la formación del consejo.» La conjunción adversativa, ó mejor dicho condicional, que los liga, parece que hace depender el primero del segundo, como si dijera que «para que los tribunales puedan subsanar la nulidad resultante de error padecido en la formación del consejo, es precisa condición que ese error sea reparado.»

Sin embargo, no ha podido querer tal cosa el legislador. La nulidad la declaran ó la subsanan el juzgado de primera instancia y la Audiencia territorial, mientras que la rectificación del consejo incumbe al juez municipal; y sucederá unas veces que

éste reforme, por propia iniciativa ó á instancia de parte, la composición del consejo, y que con posterioridad á ello se entable la demanda de nulidad por actos ejecutados antes de la rectificación ó enmienda del error; y otras, que haya disconformidad y controversia entre los interesados acerca de si es ó no irregular la composición del consejo, y sea ese uno de los puntos que se ventilen en el juicio incoado por la demanda de nulidad, sin que deba hacerse la rectificación hasta que los tribunales hayan declarado que procede.

Lo que el artículo dice es que cuando el juez municipal se haya desviado de las reglas trazadas por la ley para la formación del consejo de familia, no por malicia suya ni ajena, sino por error, los actos que por tal causa resulten nulos podrán ser convalidados por los tribunales, rechazando la demanda de nulidad que se hubiese interpuesto por la parte del menor; pero que el consejo así tachado de irregular no podrá seguir funcionando; que los actos que ejecutase desde el instante en que el error haya sido conocido y solemnemente declarado no serían ya convalidables como lo fueron los primeros, y en suma, que el juzgado de primera instancia, ó en su caso la Audiencia, en la misma ejecutoria en que declaren subsanada la nulidad, deben ordenar que por el juez municipal se proceda inmediatamente á reconstituir el consejo, si tal vez no se adelantó ya á hacerlo, como pudo, el juez mismo por propia iniciativa ó á petición fiscal, ó por instancia de las personas designadas en el artículo 293, sin aguardar el resultado del juicio. Es claro que lo mismo habrá de hacerse, y con mayor motivo, cuando la sentencia anula los actos impugnados por haber resultado que la inobservancia de la ley en la organización del consejo se debió á fraude, dolo ó malicia, ó que causó perjuicio á la persona ó bienes del sujeto á tutela. Mas, no porque el juez desobedeciese el mandato del superior ó descuidase su cumplimiento, dejaría de surtir efecto desde luego la subsanación decretada.

Lo que el Código preceptúa en esta parte del artículo falta en su correlativo del de Portugal (207, § 3.º), lo mismo que en

el de Italia (256); pero ha de sobreentenderse en ellos, como en todos; porque lo demanda la lógica más rudimentaria. Admitir en una sentencia como hecho probado que tal ó cual consejo es ilegal, y dejarlo, sin embargo, en pie para que siguiera engendrando nuevos actos nulos, sería absurdo y contradictorio con el carácter reparador de la justicia: la constitución del consejo de familia no es un acto privado, es un acto de orden público, y siempre que el juez municipal tenga noticia de que en todo ó en parte no se halla ajustado en su composición á los términos de la ley, deben enmendarla ó provocar su enmienda sin aguardar excitación ajena. Y la demanda de nulidad, como la sentencia de anulación ó de subsanación, son hechos que advierten á los magistrados municipales la existencia de una irregularidad que á ellos incumbe reparar.

ARTÍCULO 297

No podrán ser obligados á formar parte del consejo de familia los parientes del menor ó incapacitado llamados por la ley que no residieren dentro del radio de 30 kilómetros del Juzgado en que radicase la tutela; pero serán vocales del consejo si voluntariamente se prestan á aceptar el cargo, para lo cual debe citarles el juez municipal.

I

Limitación de los efectos de este artículo á la Península é islas y posesiones adyacentes.

No era racional hacer depender la composición del consejo de un elemento tan rígido, tan abstracto y tan accidental como la distancia, y que un metro más ó menos de camino fuera causa de que mudase radicalmente la composición de estas modestas asambleas, llamadas á ejercer oficio de tanta transcendencia como la guarda de los menores huérfanos y de los incapacitados.

Muy cuerdamente se ha prohijado en el Código la presente regla, que establecía ya el Proyecto de 1851 (art. 195), y que

introdujeron las leyes citadas de 1862 (art. 5.º) y de 1881 (artículo 1925), por la cual, á los parientes del sujeto á tutela llamados por la ley, cuando residan dentro del radio de 30 kilómetros del juzgado en que radique la tutela, se les *obliga* á formar parte del consejo de familia, y cuando residen á mayor distancia se les *autoriza*, sin obligarlos ni excluirlos. Lo malo del artículo está en que no fija límite á esa mayor distancia. El Código civil francés deja al arbitrio del juez, en el caso de que no haya dentro del radio legal parientes ó afines en número suficiente para completar el número de seis vocales, el tomar los que falten de entre los parientes ó afines que residan fuera del propio radio, ó de entre los amigos que vivan en el distrito; pero el Código español ha negado al juez esa facultad de escoger: todos los parientes llamados por la ley, así los que viven dentro como los que viven fuera del radio legal han de ser citados por necesidad, y sólo cuando resulte que los primeros son insuficientes y que los segundos se excusan, podrá celebrarse la junta preparatoria del art. 300 para constituir el consejo con parientes menos próximos ó con vecinos honrados. Así lo dice explícitamente el artículo objeto de este comentario: «para lo cual (para que manifiesten si aceptan ó no), *debe citarles* el juez municipal»; y más claramente el Proyecto de 1851: «Si en el domicilio del huérfano y á seis leguas de distancia no se encuentra suficiente número de parientes para componer el consejo de familia, y los que vivan en pueblos más distantes *no se prestan* á aceptar este cargo, se completará el consejo con vecinos honrados, etc.» (artículo 196).

Ahora bien: puede suceder que el menor tenga su domicilio en la Península y sus parientes ó parte de ellos en Filipinas, en Australia, en Cuba, en Chile ó en Buenos Aires, y como consecuencia, que la constitución del consejo, y consiguientemente la de la tutela, se dilate cuatro, seis, doce ó más meses; lo cual valdría tanto como convertir casi en definitiva la situación provisional á que se refiere el art. 203 del Código, y lejos de adelantar los menores con la nueva legislación, habrían retrocedi-

do. Sin duda que no entró esto en las miras de la Comisión codificadora: entendería más bien referirse al caso de parientes que residan en distritos próximos, v. gr., dentro de la misma provincia, por ser lo más común.

El Código portugués declara, lo mismo que el nuestro, que «es potestativo en los parientes que residan en jurisdicción distinta (de la del domicilio de la tutela) formar parte del consejo de familia» (art. 209). Tampoco allí se previno esa dificultad, que es positiva, y que ha inspirado á Días Ferreira una recomendación racionalísima, pero contraria á la letra de la ley: «si residen á tan gran distancia que su citación y asistencia exijan grandes dilaciones, no deberían ser admitidos á formar parte del consejo». Lo mismo había venido á decir García Goyena: «la distancia puede ser tan grande, que haga evidentemente imposible la asistencia del pariente más cercano al consejo de familia, y en este caso, todo de prudencia, yo no culparía al alcalde por no haberle convocado». Tiene este el inconveniente que es propio de todo lo arbitrario, porque ¿quién definirá, ó con qué criterio definirá el juez lo que ha de entenderse por distancia larga?

La verdadera definición creemos que la ha dado el Código civil de Holanda: «cuando no haya parientes ni afines *en el reino*, ó cuando alguno de ellos, debidamente citado, no comparezca, etc.» (art. 416). Esta era, y con mejor expresión aún, la regla que tenía adoptada nuestra ley de 1862 sobre consentimiento y consejo paterno para contraer matrimonio (art. 5.º) y la de Enjuiciamiento civil de 1881 (art. 1925): «Los parientes que residan fuera de dicho radio (de 30 kilómetros), pero *dentro de la Península é islas adyacentes*, serán también citados, aunque les podrá servir de justa excusa la distancia». Creemos que este es el pensamiento y el espíritu del artículo que estamos comentando, y de todos modos, ya hemos dicho en otra ocasión que aquello en que el Código civil resulte deficiente, la ley de Enjuiciamiento civil debe servirle de complemento.

Bien considerado todo, creemos que el juez debe atemperar

su conducta á las siguientes reglas, corolarios en parte del artículo que estamos comentando, y en parte deducción prudencial de su espíritu y de sus precedentes.

1.ª Debe citarse á todos los parientes llamados por la ley que residan en la Península—ó mejor dicho, en la parte española de la Península—, en las islas Baleares ó en las Canarias.

2.ª Asimismo debe citarse á los parientes que residan en las posesiones españolas de Africa que se consideran dependencias administrativas de la Península ó de Canarias: Ceuta, Melilla, Chafarinas, Alhucemas, Peñón de la Gomera y Villa Cisneros en la costa occidental del Sahara.

3.ª Simultáneamente, aunque ya sin hacer depender de la respuesta la constitución del consejo, y al efecto principal de que estén enterados del hecho, por *si voluntariamente se prestan á aceptar el cargo*, deberá citar el juez á los parientes llamados por la ley que residan en cualquier otro territorio del planeta, sea español ó no. Aunque fuera legal, no sería justo citar é invitar á parientes residentes en Canarias ó Río de Oro, y no á parientes residentes en Gibraltar, en Portugal, en Argelia, en Marruecos, en Andorra ó en Francia, á pesar de ser menor la distancia. Más fácil es que concurra un pariente desde Oporto á Tuy, v. gr., ó de Hendaya á Irún ó San Sebastián, de Gibraltar á Algeciras, de Tánger á Cádiz ó de Orán á Cartagena, que desde Lanzarote ó Las Palmas á Tuy, á Irún ó á Cartagena.

Entendemos, pues, que el consejo de familia no puede constituirse sin que consten citados en forma los parientes á que se refieren las dos primeras reglas; y que puede y debe constituirse aunque no conste haberse realizado la citación acordada de los comprendidos en la regla 3.ª, y aun antes de que haya podido llegarles el aviso. Quiere decir que si un pariente avecindado en tierras lejanas acudiese al llamamiento cuando ya el consejo se hallase constituído y funcionando, se le haría puesto en él para que tomase parte en las deliberaciones y acuerdos desde aquel día, pero sin introducir variación alguna en lo actuado hasta entonces.

II

A qué parientes se refiere el presente artículo.

¿Tiene el vocablo «parientes» en este artículo la misma restringida significación que en el art. 294? Porque si fuese así, resultaría que no constituye excusa legítima para los ascendientes, descendientes, hermanos y cuñados del menor ó incapacitado el residir á distancia mayor de 30 kilómetros del domicilio de la tutela, y que es obligación suya el asistir en todo caso á las sesiones del consejo.

Pero nótese que la excusa tiene una razón, y que esa razón es igual y vale lo mismo respecto de los ascendientes que respecto de los colaterales, y que, en la duda, antes se inclinaría del lado de aquéllos que del lado de éstos. Nada en el Código permite suponer que la Comisión codificadora se propusiera consagrar esa aparente dualidad de criterio en punto tan llano y abierto como es éste. Lo que hay es, probablemente, que el vocablo «parientes» tiene un alcance en el art. 294 y otro distinto en el 297; en el primero significa «todos, *excepto* los ascendientes, descendientes, hermanos y cuñados»—, esto es, en resta, los colaterales de tercero á sexto grado inclusive—; en el segundo, «todos, *incluso* los ascendientes, descendientes, hermanos y cuñados». La confusión se habría evitado, adjetivando el vocablo en el art. 294 en ésta ó parecida forma: «se completará este número con parientes *colaterales* de tercero ó ulteriores grados, hasta el sexto inclusive, por orden de proximidad, etc.», y así ha de entenderse, por ser este el sentido recto de dicho artículo.

En conclusión: los parientes de extrarradio á quienes el juez municipal debe citar, son los de la línea directa y los de la colateral en los casos y límites que corresponda conforme al artículo 294.

III

Parientes transeuntes. Cambio de residencia de los parientes.

Hemos visto que es obligatorio en los parientes que residen dentro del radio de 30 kilómetros, y potestativo en los que residen fuera, ejercer el cargo de vocales del consejo de familia. Combinados estos dos elementos, facultad y obligación con las traslaciones y los cambios de residencia, engendran multitud de cuestiones que han de ofrecerse diariamente en la práctica y cuya discusión nos llevaría demasiado lejos. Resumiremos las más salientes en forma de enunciados, apuntando la solución que reputamos más conforme con el fin de la institución y el espíritu del Código que la regula.

1.ª Los parientes que tengan su residencia habitual fuera del radio de 30 kilómetros y se encuentren accidentalmente, de paso ó de temporada, dentro de ese radio, al tiempo de constituirse el consejo, no pueden ser compelidos á formar parte de él; pero sí deben ser citados á la primera reunión, y si voluntariamente concurren y aceptan el cargo, han de computarse en el número de los vocales.

2.ª Los parientes de extrarradio que aceptaron el cargo en un principio, renunciando por el mismo hecho la excusa de la distancia, no pueden dejarlo después fundados en esa misma excusa, á no ser que se haya verificado con posterioridad algún hecho que la abone, como si viviendo primeramente á 35 kilómetros, por ejemplo, se trasladase á otro punto separado 60 ó 100 kilómetros del domicilio de la tutela. En todo caso, tratándose de un servicio personal tan delicado y que no puede responder á su fin sin la buena voluntad del que lo presta, conviene no extremar el rigor en esto: el juez municipal apreciará con amplio espíritu la mayor ó menor justificación del hecho, la calidad de la persona, si el cambio podría ser perjudicial al menor, si no se trata de algún amaño, cábala ó confabulación, etcétera, etc., y resolverá en consecuencia.

3.ª Los parientes de extrarradio que en un principio se excusaron, haciendo valer la distancia, por punto general no deben ser admitidos después en el consejo, aunque lo pidan, á no mediar circunstancias muy especiales que justifiquen cumplidamente el cambio de opinión, tal como si al constituirse el consejo, padecían alguna enfermedad grave, de la cual han convalecido después; si vivían á 60 ó 100 kilómetros de distancia y después trasladaron su residencia á un punto distante sólo 35; ó si entre su domicilio y el del menor se ha construído una vía férrea, que facilita las comunicaciones, antes peligrosas ó molestas para personas de edad, etc., etc. El juez debe mostrarse en esto más bien exigente que fácil, porque pudiera suceder que se tratara no más que de alterar en un momento dado la composición del consejo para ganar una votación, contraria quizá á los intereses del menor ó incapacitado.

4.ª Los parientes de extrarradio que en un principio se acogieron á la excusa de la distancia para no desempeñar el cargo de consejeros, y que luego de constituído el consejo se trasladan accidentalmente y en clase de transeuntes al lugar del domicilio del menor ó á otro situado dentro del radio de treinta kilómetros, no deben ser admitidos en dicha asamblea, á menos de circunstancias especialísimas que acrediten, ó abonen siquiera, la perfecta sinceridad y justificación del cambio y sean garantía de que continuarán aquéllos ejerciendo el cargo en lo sucesivo.

5.ª Cuando en la hipótesis del número anterior, la traslación de la residencia del pariente al lugar de la del menor ó á otro comprendido dentro del radio legal, sea definitiva, no cabe duda que debe ser admitido, y aun obligado, á formar parte del consejo de familia.

6.ª Cuando algún pariente tenga residencia alternativa en dos ó más lugares (caso previsto por la ley Municipal, art. 13), uno del radio y otro del extrarradio, se atenderá al de la vecindad para decidir las cuestiones que suscite el presente artículo del Código civil.

Pregúntanse los comentaristas extranjeros si el consejo de familia es una corporación de carácter permanente. Aubry y Rau, de conformidad en cierta medida con Du Caurroy, Bonnier, Roustain y Locré, opinan que sí: siempre que sea preciso reunirlo, dicen, se ha de proceder á su reconstitución, sin tener en cuenta para nada la composición que tuviera cuando se celebraron las reuniones anteriores: por consiguiente, si resulta que al verificarse la nueva citación, se encuentran dentro del radio legal parientes más próximos que los que formaron parte de la primera asamblea, deben ser llamados con preferencia á estos últimos. En igual sentido se pronuncia Laurent, que combate una sentencia de la Audiencia de Rouen (año 1854), en la cual se sentaba la doctrina de que la permanencia del consejo en su composición es un principio cierto. Zachariæ, de acuerdo con Delvincourt, opina que deben ser llamados á él los parientes del menor que residan, aunque sea accidentalmente, dentro del radio legal, y, lo mismo que los anteriores, que dicho consejo no constituye un cuerpo permanente é inmutable, por lo cual, si en el intervalo que media de una á otra reunión se presentaran en el lugar de la tutela parientes más próximos que los que antes fueron sus vocales, debería mudarse su composición. Demolombe no admite esta doctrina sin restricciones; encuentra inconveniente que después que un asunto ha sido objeto de discusión durante varias sesiones en el seno del consejo, cuando está á punto de votarse, se altere la composición de éste para principiar de nuevo el debate; y piensa que debe dejarse al juez amplia libertad para adoptar en cada caso, según las circunstancias que concurran en él, la resolución que más convenga á los intereses del huérfano.

Nosotros creemos que la excesiva movilidad en la composición del consejo de familia es incompatible con la buena gestión de la tutela: juzgamos precisa en él una cierta tradición y consistencia, para que produzca el máximum de efecto útil que los menores tienen derecho á esperar y que la ley buscó al instituirlo; y por esto aconsejamos á los jueces municipales, que una vez

formado y en ejercicio dicho consejo, sean muy parcos en admitir demandas de inclusión ó de exclusión, guiándose para la interpretación y aplicación de los artículos anteriores, en relación con el que comentamos y con el que le sigue, por este único criterio: el mayor beneficio del huérfano ó incapacitado.

ARTÍCULO 298

Las causas que excusan, inhabilitan y dan lugar á la remoción de los tutores y protutores, son aplicables á los vocales del consejo de familia. No podrán tampoco ser vocales las personas á quienes el padre, ó la madre en su caso, hubiesen excluído en su testamento de este cargo.

ARTÍCULO 299

El tutor y el protutor no podrán ser á la vez vocales del consejo de familia.

I

Causas que excusan de formar parte del consejo de familia. Juicio crítico sobre este punto.

Según el primero de los artículos que acabamos de transcribir, pueden excusarse de ejercer el cargo de vocal del consejo de familia las personas capaces llamadas por la ley, en los mismos casos en que la ley las dispensa de ejercer el cargo de tutor y protutor; y la misma asimilación se establece entre uno y otro cargo respecto de las causas que inhabilitan para su ejercicio y dan lugar á la remoción. Nos parece justa y conveniente esta disposición en su segundo extremo, pero no la creemos tan acertada en el primero.

Se comprende fácilmente, por ser de sentido común, la asimilación de entrambas funciones en cuanto á las causas de *incapacidad*: así, todos los códigos dicen unánimes: «no pueden ser *tutores ni vocales* del consejo de familia las personas que se hallen en alguno de los casos siguientes...» (Código francés, art. 442;

polaco, art. 414; italiano, art. 268; portugués, art. 234; Proyecto español de 1851, art. 202, etc.). Las mismas razones que obligaban á excluir á esas personas del ejercicio de un cargo, se oponían con idéntica fuerza á que se les discerniese el otro, y nuestro Código ha seguido en esto las buenas tradiciones. Pero ya no se comprende del mismo modo la asimilación de los dos cargos tratándose de las causas de *excusa* ó dispensa: éstas no afectan al fondo del derecho: son estados, cualidades ó representaciones por cuya causa sería excepcionalmente gravoso para las personas, en quienes alguna de ellas concurre, el oficio cuasi público de la tutela; y la ley, atenta á consideraciones de equidad, les ha declarado la libertad de aceptar ó repudiar el cargo. Mas, como el de tutor y el de consejero son desigualmente gravosos, no parece justo medirlos con una misma vara, admitiendo la exención para el uno por las mismas causas que la justifican en el otro. Sin embargo, no ha prevalecido este criterio en los autores de nuestro Código, y separándose de lo establecido en otras naciones y en nuestro Proyecto de 1851, han declarado aplicables á los vocales del consejo las mismas causas de excusa que pueden alegar los tutores y protutores.

Entre los Códigos que admiten el consejo de familia, los más modernos y mejor reputados, que son los de Portugal é Italia, consagran en este particular dos sistemas distintos; uno que diríamos taxativo, y otro arbitral. El código portugués enumera en un artículo (el 227) las clases de personas que pueden excusarse de la tutela y de la protutela (ministro de la nación, empleado del gobierno, militar en activo, párroco, tutor en otra tutela, padre de cinco hijos legítimos vivos, anciano de setenta años, enfermo crónico, indigente), y en otro artículo (el 233) declara que son aplicables á las excusas de los vocales del consejo de familia los números 7.° y 8.° de dicho art. 227 (anciano de setenta años y enfermo crónico); de forma que para excusarse de la tutela y de la protutela se señalan nueve causas, y para excusarse del consejo únicamente dos.

También el Código italiano da menos importancia al segundo

cargo que al primero para el efecto de las excusas; pero sigue distinto camino, si menos preciso, más conforme á razón que el del Código portugués. Lo mismo que éste señala taxativamente las causas por las cuales «están dispensadas las personas del desempeño de los cargos de tutor y curador» (art. 272) pero respecto del cargo de vocal se remite al arbitrio prudente del juez municipal: «el pretor—dice—podrá, por razón de la distancia ó por otros motivos *graves*, dispensar del cargo de vocal en el consejo de familia á las personas que lo soliciten, sustituyéndolas por otras, conforme á las reglas establecidas en los dos artículos precedentes» (art. 254).

El Código francés no previno el caso, si bien no oculta del todo su inclinación al criterio arbitral. Interpretando el art. 413, dice Demolombe, que «incumbe al juez de paz apreciar si la excusa es legítima y si es suficiente; cuestión de hecho que él resolverá por el conocimiento personal que tenga de los hechos, por las explicaciones que le dé en carta el no compareciente ó por las que le suministre verbalmente alguno de los vocales presentes»; en todo caso, es de opinión que «las causas de excusa señaladas á las personas que la ley llama á la tutela y protutela no son aplicables á los individuos llamados á componer el consejo de familia». También Laurent entiende que, en «excusas legítimas», el art. 413 ha querido referirse, no á excusas legales, sino á «impedimentos de hecho» que priven á los individuos convocados de asistir á la reunión: «puede suceder, es cierto, que las causas que dispensan de la tutela constituyan también una excusa legítima para los vocales del consejo, por ejemplo, una enfermedad; pero no toda causa que exime de la tutela es excusa para asistir al consejo».

El Proyecto de Código civil español de 1851 se limitó á refundir en uno (art. 193) los dos arts. 413 y 414 del Código francés; de modo que tampoco sus ilustres autores entendían que fuera lícito dispensar el cargo de vocal por las mismas causas que eximen del de tutor ó protutor, y en este sentido fueron redactadas sus disposiciones.

Según el Código vigente, y conforme al artículo que comentamos, pueden excusarse del cargo de vocal del consejo de familia las personas siguientes:

1.º Los Ministros de la Corona.

2.º Los Presidentes de los Cuerpos Colegisladores, del Consejo de Estado, del Tribunal Supremo, del Consejo Supremo de Guerra y Marina, y del Tribunal de Cuentas del Reino.

3.º Los Arzobispos y Obispos.

4.º Los magistrados, jueces y funcionarios del Ministerio fiscal.

5.º Los que ejerzan autoridad que dependa inmediatamente del Gobierno.

6.º Los militares en activo servicio.

7.º Los eclesiásticos que tengan cura de almas.

8.º Los que tuvieren bajo su potestad cinco hijos legítimos.

9.º Los que fueren tan pobres que no puedan atender (al cargo de vocal del consejo) sin menoscabo de su subsistencia.

10. Los que por el mal estado habitual de su salud, ó por no saber leer ni escribir, no pudiesen cumplir bien los deberes del cargo.

11. Los mayores de sesenta años.

12. Los que fuesen ya tutores ó protutores de otra persona (artículo 244).

13. Los que no sean parientes del menor ó incapacitado, si en el territorio del tribunal que defiere el cargo (ó en un radio de 30 kilómetros) existieren parientes dentro del sexto grado que puedan desempeñarlo (art. 245).

14. Los extraños que no residan en el lugar del domicilio de la tutela, y los parientes llamados por la ley que no residan dentro de un radio de 30 kilómetros» (arts. 294 y 297). De éstos ya nos hemos ocupado.

A la vista de esa enumeración, se comprenderá con cuánta razón censurábamos el que se haya asimilado en el Código el cargo de tutor al de consejero de la tutela para los efectos de las excusas. Pase que no se quiera sobrecargar de trabajo á los al-

tos dignatarios del Estado y de la Iglesia, á los párrocos, á los militares, etc., acrecentando con la carga de una tutela la grave pesadumbre de las funciones que la sociedad les tiene encomendadas: pase también, si se quiere, que la ley rehuya el distraerles de ellas, hallando incompatible en tales casos el interés público con el de los menores ó incapacitados, aunque, si ésta fuese la razón de las excusas, como suponen algunos tratadistas, la ley no daría á escoger á los dispensados entre aceptar ó dimitir el cargo, sino que les prohibiría resueltamente su ejercicio; lo que no puede pasar es que á aquellos mismos dignatarios y funcionarios les exima de un oficio tan leve y tan poco exigente y laborioso como este del consejo, que, á diferencia del de tutor, apenas si reclamaría su atención unas cuantas horas al año.

Merecerá consideración, sin duda, la edad para no imponer al mayor de sesenta años el cuidado de administrar un patrimonio ajeno, tal vez complicado, y de gobernar y educar uno ó varios huérfanos, mas no para dispensarle de prestar á la tutela el concurso de sus luces, de su autoridad y de su experiencia en las breves ocasiones en que puede ser solicitado por el tutor, por el protutor ó por los demás vocales.

Además, cuando la causa de la exención no sea indivisible (como la de ser ministro, obispo, juez, etc.), sino que se presente con distintos grados de intensidad (como la de ser más pobre ó menos pobre, la de estar más enfermo ó menos enfermo), resultará, aunque el art. 298 presuma otra cosa, que pueda una persona excusarse justamente del cargo de tutor, y no del cargo de vocal del consejo, no obstante asistir en los dos una misma causa. Por ejemplo, según el art. 244, «pueden excusarse de la tutela y protutela: 9.º, los que fueren tan pobres que no puedan atender á la *tutela* sin menoscabo de su subsistencia»: aplicando esta facultad, en virtud del art. 298, á la institución que ahora nos ocupa, «podrán excusarse de formar parte del consejo de familia: 9.º, los que fueren tan pobres que no puedan desempeñar el cargo de *vocal* sin menoscabo de su subsistencia». Tal per-

sona, bastante pobre para no poder tomar á su cargo el gobierno de un huérfano, pobre también, sin comprometer seriamente su subsistencia y la de su familia, no lo será, sin embargo, en tal extremo, que le impida concurrir á las sesiones del consejo, que sobre ser intermitentes y de tarde en tarde, se celebrarán ordinariamente en días festivos ó por la noche; y como ese punto es de la apreciación del juez, éste discernirá muy justamente, y sin derecho á excusarse por causa de su pobreza, el cargo de vocal del consejo, y por causa de su pobreza tendrá que dispensarle el consejo, y cuando el consejo no, el juzgado de primera instancia, de ejercer el cargo de tutor. Resulta de esto que los pobres y los enfermos salen de las manos de la ley peor librados que los ministros, obispos, militares, etc., cuya cualidad de tales les sirve de excusa á un tiempo para eximirse de los cargos de tutor y de protutor y del cargo de vocal del consejo.

Todavía se hace más patente la imposibilidad de adaptar á la letra el art. 244, como quiere el 298, á las excusas de los vocales cuando se considera el caso que es objeto del párrafo 12. La versión de él tendrá que ser doble. «Pueden excusarse de formar parte de un consejo de familia: 1.º, los que sean ya *vocales* de otro; 2.º, los que sean *tutores ó protutores* en otra tutela». Las dos carecen de justificación, á nuestro juicio, y sobre todo la primera. Muy justo es no encomendar á nadie contra su voluntad dos ó más tutelas: la prudencia aconsejaría en ocasiones hasta no consentir esa acumulación, que podría ser perjudicial á los intereses de los menores ó incapacitados; pero no es igualmente razonable abstenerse de llamar á una persona contra su voluntad á dos consejos de familia, ó á una tutela y á un consejo, porque una tutela más representa quizá para el sujeto que la ejerce un gran aumento de fatiga, de preocupación y de responsabilidad, mientras que un consejo más implica la más de las veces un aumento de carga insignificante, fácil de sobrellevar sin menoscabo ni detrimento de los propios intereses y persona. Por todo ello, y visto el texto de la ley, opinamos que no tendrá más remedio el juez municipal que estimar válida la

excusa que se funde en la cualidad de tutor ó protutor de otra persona; pero que podrá, interpretándolo latamente, resistirse á admitir la que únicamente se funde en la cualidad de vocal de otro consejo.

En atención á todo esto, hemos de esperar que la Comisión general de Codificación aconseje refundir el art. 298 por el modelo de su correlativo portugués ó del italiano, ó tal vez mejor, de entrambos.

Quedan por ventilar dos dudas á que dan lugar nuestros párrafos 10 y 13. Principiemos por la segunda.

Según el art. 228 del Código civil de Portugal, «los que no fueren parientes del menor no estarán obligados á aceptar la tutela, si *en el territorio del juzgado* existieren parientes que puedan desempeñar aquel cargo»; y según el art. 233, «esta disposición se aplica igualmente á las excusas de los vocales del consejo de familia», sin necesidad de quitar ni añadir á su texto una sola palabra, en razón á componerse allí el consejo de los cinco parientes más próximos del menor residentes en el *territorio de la jurisdicción del juez* que hizo el inventario (art. 207). Nuestro Código copió literalmente dicho art. 228, diciendo que «los que no fueren parientes del menor ó incapacitado no estarán obligados á aceptar la tutela, si en el *territorio del tribunal* que la defiere existiesen parientes dentro del sexto grado que puedan desempeñar aquel cargo» (art. 245); y sin tener en cuenta que esta disposición no era aplicable literalmente, sin alguna mayor expresión, á las excusas de los vocales del consejo, porque aquí el consejo se compone de los cinco parientes más próximos del menor residentes en el *territorio del juzgado* donde radica la tutela *ó* en un *radio de treinta kilómetros* (arts. 294-297), se limitó á la declaración general del presente artículo, según el cual, es aplicable á los vocales del consejo de familia la causa de excusa declarada para los tutores y protutores en el art. 245. Pero es evidente la necesidad de interpretarlo en relación con dicho artículo 297, por lo cual adicionamos al texto legal, según se ha visto, las palabras «ó en un radio de treinta kilómetros».

Vengamos al párrafo 10. Alguna que otra vez, el no saber leer y escribir opondrá serios inconvenientes al buen desempeño de la tutela, por ejemplo, cuando el patrimonio del pupilo sea de cuantía, y varia y complicada su administración; si bien, cabalmente en ese caso, que es cuando más falta haría el auxilio de la pluma, tendrá buen cuidado el tutor iletrado de no renunciar el cargo por el provecho que pueda reportarle al tenor del artículo 276, y aun del 268. No sucede otro tanto respecto del cargo de consejero de la tutela: serán contadísimos los casos en que para el acertado ejercicio de esta función se echen de menos aquellos dos elementos de cultura que, por sí solos, no representan ni más claridad de juicio ni mejor conocimiento de los negocios en que habitualmente habrá de entender el consejo de familia. Si no hubiera más que esto, no moveríamos cuestión. Pero es el caso, que, según el art. 304, el vocal que presida el consejo ha de *redactar* el acta de cada sesión y los demás han de autorizarla *con su firma*, y puede suceder que ninguno de los llamados por la ley sepa leer ni escribir, y menos redactar un acta fundada y razonada, cosa que supone un grado de cultura superior al representado por esos dos rudimentos materiales de la instrucción primaria. En tal hipótesis, si la ignorancia de la lectura y escritura *inhabilitara* para ser vocal del consejo, desaparecería toda dificultad; pero la ley sólo la gradúa de *excusa*, como causa voluntaria de exención, de modo que si los vocales en uso de su derecho la renuncian y aceptan el cargo, el Juez habrá de discernírselo, y tendremos constituído con arreglo á las instrucciones de la ley un consejo inhábil para cumplir una de las obligaciones que esa misma ley le impone, cual es la de levantar acta autorizada de sus acuerdos.

Dada la posibilidad del caso, si ocurre, no será fácil dar solución satisfactoria á dicha dificultad. ¿Llamarán los vocales al juez municipal para que los presida y supla su incapacidad en este punto, autenticando sus acuerdos? El juez no tiene obligación de asistir, y aun cuando quisiera carece de facultades para ello: véanse los arts. 301 y 304. ¿Se valdrán de un extraño que

sepa escribir y concurra á la sesión para el solo efecto de extender acta de ella, haciéndola firmar por dos testigos? Aparte de lo irregular del procedimiento por no autorizarlo la ley, no estando investida dicha persona de fe pública, el acta en cuestión sería un papel privado, sin ningún género de autenticidad, y esto no satisface la exigencia del art. 304. ¿Celebrarán sus sesiones ante notario para que dé fe de lo deliberado y acordado? Esto sería lo más regular, pero no es justo convertir la protección que el Estado dispensa á personas desvalidas, en un gravamen, nada insignificante, añadido el del expediente de constitución del consejo y de la tutela, y que pesaría casi exclusivamente sobre las clases más menesterosas, por abundar en ellas las personas que no saben leer ni escribir.

En la necesidad de decidirse por alguna solución, mientras en la ley de Enjuiciamiento civil, ó en un reglamento especial, no se resuelva la dificultad, he aquí la conducta que aconsejamos á los jueces municipales y á los vocales del consejo que se hallen en dicho caso.

El juez municipal no debe admitir como causa suficiente para excusarse de formar parte del consejo de familia el no saber leer y escribir, cuando entienda que á pesar de ello podrá aquel vocal cumplir bien los deberes del cargo. Esto respecto de los vocales designados por la ley; pero en cuanto á los de su elección no debe prescindir de dicho requisito, á fin de que puedan autorizar el acta con su firma, como previene el art. 304.

El Código de la Luisiana dice que los vocales firmarán el acta «*si saben* firmar (art. 311), y esto mismo ha de sobreentenderse en el nuestro: la condición del art. 244, párrafo 10, «si (por no saber leer ni escribir) no pudiesen cumplir bien los deberes del cargo», se realizará alguna vez con respecto á los tutores, pero casi nunca respecto de los vocales del consejo de familia.

Cuando haya de constituirse el consejo sólo con vocales designados por la ley, y ninguno de ellos sepa leer ni escribir, hará bien el juez municipal en exponerles las dificultades con que han de tropezar para la redacción y autorización de las ac-

tas de sus sesiones, por si alguno de ellos quiere excusarse por dicha causa, á fin de nombrar persona competente. Si no lo hacen, no tendrá más remedio que discernirles el cargo. En el comentario al art. 304 expondremos por quién y cómo han de redactarse y autorizarse las actas en tales casos.

II

Caso de que sobrevengan ó desaparezcan las causas de exención después de constituído el consejo.

El art. 233 del Código civil de Portugal dice que son aplicables á las excusas de los vocales del consejo de familia las disposiciones de los arts. 227 y 228 (causas de excusa de los tutores), y del 229 (caso de que la causa de exención sobrevenga al tutor después de su nombramiento). No ha procedido de igual manera nuestro Código; pero de la generalidad del art. 298, que estamos comentando, se deduce, y por existir la misma razón, tenemos por cierto que ha de hacerse extensivo al presente título del conseo de familia lo dispuesto en el cap. 7.º del anterior, referente á las excusas que cesan ó que sobrevienen con posterioridad á su constitución.

Esto supuesto, las personas llamadas por la ley á formar parte del consejo de familia que se hubiesen excusado por alguna causa legítima, luego que ésta cese ó desaparezca, pueden ser compelidas á admitir y ejercer el cargo de vocal, pidiéndolo parte legítima. Cuando el consejo se constituyó, era el pariente del menor, supongamos, ministro de la Corona, presidente del Congreso, fiscal, párroco, etc., y luego ha cesado por cualquier causa en estos cargos; era militar en activo servicio, y después ha pasado á la reserva ó se ha retirado; tenía sobre sí la carga de una tutela, y luego ha terminado ésta; se hallaba enfermo de gravedad ó impedido, y ha recobrado su salud; estaba en gran pobreza, y ha adquirido bienes de fortuna; tenía bajo su potestad cinco hijos, y ha fallecido ó se ha emancipado alguno; no sabía leer ni escribir, y ha aprendido; residía fuera del radio

legal, y ha trasladado su domicilio al lugar de la tutela; por este solo hecho, el pariente en cuestión no queda constituído *ipso facto* en vocal del consejo de familia, ni porque él no pueda votarlos serán nulos los acuerdos que siga éste adoptando desde aquél día, ni el juez municipal tendrá que proceder por iniciativa propia á reformar la composición de dicho consejo. El artículo 246 dice bien claramente: «los excusados *pueden, á petición del tutor ó protutor*, ser compelidos á aceptar la tutela luego que hubiese cesado la causa de la exención»; y lo aclara todavía más su correlativo del Código italiano: «cesando las causas por cuya virtud hubiese sido dispensado el pariente ó afín de ejercer el cargo de tutor ó de protutor, *el extraño* que desempeñe estas funciones *puede pedir y obtener* su relevo» (art. 274). Arreglado dicho artículo del Código español (246) á nuestro caso, resultará que «cuando cesare la causa en cuya virtud un pariente del menor ó incapacitado se eximió del cargo de vocal, podrá ser compelido á aceptarlo si la persona que entró en el lugar suyo lo solicita al efecto de ser relevada».

La ley ha previsto únicamente el caso de que el vocal ejerciente reclame su relevo; no el caso inverso de que el excusado cuya causa de exención cesó, pida ser admitido en el consejo. ¿Habrá de accederse á su demanda? No podemos suplir el silencio de la ley sino por aquel principio general de que son un desenvolvimiento este título y el anterior: el mayor beneficio de los sujetos á tutela, apreciado prudencialmente por el juez. Así autoriza á pensarlo el «podrá» del Código francés, art. 431, donde se halla previsto el caso respecto del tutor, en relación con el «puede» de nuestro Código, art. 246, que trata del caso inverso, según acabamos de ver; cuanta facultad se concede en esos artículos al consejo de familia, tratándose de los tutores, otra tanta corresponde al juez tratándose de los vocales del propio consejo. Tienen aquí perfecta aplicación las consideraciones hechas al comentar el art. 297, y á ella nos remitimos.

Vengamos ahora al caso inverso.

Si las causas de exención fueran posteriores á la aceptación del cargo de vocal, podrá éste hacer dimisión de él, alegándolas en tiempo oportuno (art. 247). Es el art. 229, párrafo primero, del Código portugués, aplicable á los vocales del consejo de familia por expresa declaración del 233. Corresponde al art. 431, párrafo primero, y en parte al 433 y 434 del Código francés. El Proyecto español de 1851 establecía la misma doctrina en términos más generales, y de allí se ha tomado con mejor redacción el citado art. 247.

En su consecuencia, podrán excusarse:

1.º Los vocales del consejo que con posterioridad al discernimiento del cargo, sean nombrados ministros de la corona, presidentes de los Cuerpos Colegisladores, etc., obispos, magistrados, jueces, funcionarios del Ministerio fiscal, autoridades directamente dependientes del gobierno, párrocos y militares en activo servicio, etc. Las Partidas admitían *escusanza* á los recaudadores de rentas reales, legados ó mensajeros del Rey y funcionarios del orden judicial, mas no cuando el discernimiento de la tutela fué anterior á la obtención de tales oficios: «non se podrían excusar después por este motivo» (Partida 6.ª, tít. 17, ley 2.ª).

2.º Aquellos que actuando ya de consejeros de la tutela, vinieren á tener cinco hijos legítimos bajo su potestad. El Código francés exceptuaba este caso, diciendo que «el nacimiento de nuevos hijos durante el ejercicio del cargo de tutor (con más razón durante el ejercicio del cargo de vocal del consejo), no será causa bastante para renunciar á la tutela» (art. 437); pero nuestro Código no lo exceptúa ni respecto del tutor, ni respecto del protutor, ni respecto de los consejeros. La ley de Partidas decía: «cinco hijos naturales y legítimos *vivos*», contando en el número de éstos, como hoy el Código francés, á los que hubiesen muerto en el ejército (Partida 6.ª, título 17, ley 2.ª): los concebidos y no nacidos no deben computarse como vivos, *quia tantum pro nati habentur quando de commodis illorum agitur*: se ignora si nacerán viables, y en todo caso no puede decirse que estén bajo la potestad del padre.

3.º Los que asimismo durante la tutela vinieren á tal pobreza que no puedan atender al cargo sin menoscabo de su subsistencia y de la de su familia. La apreciación queda confiada al prudente arbitrio del juez. El Código de Partidas lo había esquivado, con respecto al tutor, diciendo en sustancia: «el que vive de su jornal ó de un trabajo manual»: habida cuenta á la proporción, pocas veces se ofrecerá, sí alguna, el caso que nos ocupa: sería preciso que el vocal hubiese caído, después de constituída la tutela, en la mayor indigencia.

4.º Los que contraigan, posteriormente al nombramiento, alguna enfermedad crónica que les impida cumplir bien los deberes del cargo. El Código francés dice: «si el padecimiento (grave) sobreviniere después de haber sido nombrado, podrá alegarse como excusa para no continuar» (art. 434). Se asimila á este caso aquel en que el vocal se hallaba ya enfermo cuando aceptó el cargo y después ha empeorado considerablemente.

5.º Los que cumplan la edad de sesenta años después de habérseles deferido el cargo. No tienen lugar aquí las dudas y controversias que suscita el Código civil francés al disponer que los sujetos que hubieren cumplido sesenta y cinco años pueden repudiar el cargo, pero que si lo han aceptado, ya no pueden dimitirlo hasta los setenta (art. 433).

6.º Los que, después de haber sido nombrados vocales del consejo de familia de una persona, acepten el cargo de tutor ó protutor de otra. El art. 298, en relación con el 244, establece que la cualidad de tutor ó protutor exime de la obligación de aceptar el cargo de vocal consejero en otra tutela; pero no al revés, que el ser vocal de un consejo exima de la obligación de aceptar la tutela ó la protutela de persona distinta. Por consiguiente, si mientras forma uno parte de un consejo de familia, le es deferido el cargo de tutor, no podrá esquivar por esa causa la aceptación; pero entonces, una vez tutor ya, tendrá lugar la excusa de los arts. 298-244, párrafo 12, pudiendo pedir, por tanto, que se le releve del cargo de vocal.

7.º Los no parientes del sujeto á tutela que, formando parte

del consejo de familia, tengan noticia de haber trasladado su domicilio á lugar comprendido dentro del radio legal algún pariente del propio menor é incapacitado que residía antes á mayor distancia.

III

Cuándo han de alegarse las excusas para que surtan efecto.

Según el art. 247, adaptado á la materia del consejo de familia, no será admisible la excusa que no se alegue ante el juez municipal en la reunión dedicada á constituir el consejo: aclara esta disposición el artículo correlativo del Código francés, según el cual, «si asiste á la reunión en que se le discierne el cargo, deberá presentar sus excusas en el acto, bajo pena de no poder deducir reclamaciones ulteriores (art. 438)». Se presume que la persona llamada por la ley conoce las causas de exención que le favorecen, y que si guarda silencio acerca de ellas en la precisa ocasión señalada para determinar la composición del consejo y se deja nombrar vocal por el Juez, ha entendido renunciar tácitamente á dicho beneficio. Contra esta presunción no se admite prueba. Si las causas de exención que concurren en una misma persona fueren dos ó más, deben proponerse todas á la vez, ó mejor dicho, en la misma sesión preliminar: proponiendo solamente una, con intención de utilizar sucesivamente las demás en el caso de que aquélla no prospere, los Tribunales se negarán á oirle acerca de ellas, lo mismo que si las hubiere renunciado: lo contrario sería causar innecesarias dilaciones y perjuicios al menor é imponer trabajo inútil á la administración de justicia. Si al juez no le consta personalmente el hecho en que se funda la excusa y se pone por alguien en duda, deberá exigirse prueba: este detalle se halla previsto en el Código civil francés, art. 429, aunque únicamente con referencia á una clase de causas de exención.

Cuando la persona llamada por la ley á formar parte del consejo resida fuera del radio legal, no será preciso que asista á la

reunión para hacer valer la excusa de la distancia: bastará con que manifieste al juez exhortado su propósito de no asistir (1). En los demás casos, aunque el art. 300 parece dar á entender que todas las personas citadas, tengan ó no que alegar excusas, han de asistir personalmente ó por apoderado á la reunión, no vemos inconveniente en que antes de ella, y como en respuesta á la citación, hagan valer ante el juez, sea por vía de comparecencia ó mediante escrito, la causa ó causas de excusa que proponen para no aceptar el cargo, acompañando el comprobante, siempre que se funde en hechos no sujetos á apreciación, tal como la partida de nacimiento, si fundaran la exención en la edad; testimonio del nombramiento, credencial, etc., si la fundaren en el ejercicio de un cargo público, eclesiástico, civil ó militar. Ni la letra ni el espíritu del Código se oponen á ello. Siendo el hecho de notoriedad, ya queda dicho que podrá prescindirse de la prueba, aunque protestando de practicarla á satisfacción del juzgado si éste la creyere necesaria. Ultimamente, si citado uno en debida forma, se abstuviera de asistir á la reunión y no alegase por escrito ninguna excusa, lo considerará el juez decaído de su derecho para deducirlas en lo sucesivo, lo mismo que si hubiese asistido y renunciándolas tácitamente, sin perjuicio de la multa que proceda por la no comparecencia. Tanto en este caso como en el de que alguno de los llamados por la ley no haya asistido por no haber sido citado, ha de celebrarse nueva reunión preparatoria, presidida por el juez, no teniendo aquí aplicación el plazo de los diez días señalados para el tutor en el art. 247, porque el juez municipal no puede declarar constituído el consejo mientras no tenga presidente, y el presidente ha de ser nombrado de entre los vocales y por ellos (artículo 304), y por tanto, hallándose presentes todos.

---

(1) Aun cuando no manifestara cosa alguna, no habría derecho para compelerle: la ley autoriza á *aceptar* un cargo que en este caso es voluntario (artículo 297), mientras que en los demás autoriza para *excusarse* de un cargo que es obligatorio (artículos 298-247). Conviene, sin embargo, que comuniquen al juez su decisión.

Esto, tratándose de las causas de exención existentes al tiempo de celebrarse la sesión preliminar á que nos referimos. Si fuesen posteriores, el vocal á quien asistan habrá de hacerlas valer en término de diez días, contados desde en el que hubiere tenido conocimiento de ellas (art. 248), ante el mismo consejo, á fin de que éste las comunique al juez municipal, ó directamente ante éste. El juez convocará á junta para tratar de la excusa, y en su caso, del reemplazo que corresponda dar según la ley al vocal saliente. Si el vocal en cuestión dejare transcurrir los diez días sin reclamar la baja ó el relevo, se entiende que ha renunciado al beneficio de la excusa y ya no se le oirá acerca de ella.

La resolución del juez municipal desestimando las excusas podrá ser impugnada ante el de primera instancia en término de quince días, conforme al art. 249, que es aplicable al caso. Para este recurso habrá de emplearse el procedimiento indicado en el comentario de dicho artículo (pág. 315 de este tomo), con apelación ante la Audiencia territorial, como allí se ha dicho, mientras otra cosa no se resuelva. Durante el juicio de excusa, el que la proponga estará obligado á ejercer el cargo: si se niega á ello, y el número de cinco vocales está incompleto, nombrará el juez otro vocal en lugar suyo; pero teniendo en cuenta que si la excusa resultare desechada en definitiva, el así sustituído será responsable de la gestión de su sustituto (art. 250).

IV

Concurrencia de excusas para los cargos de tutor ó protutor, y para el de vocal del consejo de familia.

¿Pueden reclamar participación en este consejo como vocales las personas llamadas por la ley ó por testamento cuando se excusaron de ser tutores ó protutores? Indudablemente que sí: las incapacidades son de interpretación restrictiva, no pueden extenderse á más casos que los contenidos expresamente en la ley, y no existe en el Código disposición alguna que inhabilite á los que se excusaron del cargo de tutor en una tutela para ejer-

cerlo en otra, para ejercer el de vocal consejero en otra ó en la misma. Sucederá alguna vez que las personas llamadas por la ley á la tutela de un menor ó incapacitado, v. gr., sus abuelos, ó sus abuelas, su padre, su madre ó su consorte, no se atrevan á aceptarla por causa de su edad avanzada, ó por sus achaques, ó por tener sobre sí otras tutelas, etc.; pero querrán dispensar al propio incapacitado ó menor la protección que les deben en forma más proporcionada á su situación y para ellos más accesible, ejerciendo el ministerio de inspección y de vigilancia que el Código encomienda á los vocales del consejo. Nada se opone á que satisfagan tan justa aspiración, y antes bien, sin que lo soliciten como favor, con sólo que se abstengan de hacer extensivas sus excusas al cargo de vocal, les será éste deferido, por cierto con carácter obligatorio.

Con efecto: el hecho de repudiar el cargo de tutor ó de protutor, fundándose en tal ó cual causa de exención que en el nombrado concurra, no implica que repudie juntamente con él el de vocal ó consejero de la tutela; por esto, si una persona á quien el testamento, ó el consejo de familia, ó el Código, por sus artículos 215, 220, etc., defieren uno ú otro de los dos primeros cargos, y el mismo Código, por su art. 294, el de vocal del consejo, se hubiere excusado de aceptar el primero, se presumirá que acepta el segundo como no se excuse también de él expresa y especialmente, aun cuando la causa de la exención sea la misma, y será compelido á su aceptación y desempeño. Viceversa, el hecho de haber aceptado el cargo de vocal del consejo, renunciando tácitamente al beneficio de la exención, no envuelve igual renuncia con respecto á los cargos de tutor y de protutor; de manera que si después de conferido y aceptado el primero se le defiriese alguno de estos últimos, se excusaría válidamente de él alegando las mismas causas de exención que antes no había querido utilizar. En conclusión, las personas comprendidas en el artículo 294 son, de derecho y por obligación, y según el orden en que son llamadas, vocales del consejo de familia, ora testamentarios, ora legítimos, ora dativos, independientemente de que se

hayan excusado ó de que piensen excusarse ó no de la tutela y protutela: el que se proponga eximirse de los tres cargos, debe aplicar la causa de exención á cada uno de ellos en particular, y en el momento que corresponda (en la primera sesión celebrada para constituir el consejo, en la dedicada á constituir la tutela, al serle notificado el nombramiento, etc.); el silencio respecto de uno induciría aceptación, con presunción *juris et de jure*, aun cuando constara la alegación de la excusa y surtiese su efecto respecto de las demás.

El Código civil francés llama al consejo de familia á los ascendientes que se hubieren excusado válidamente de la tutela (*les ascendants valablement excusés*, art. 408); cierto que este calificativo ó especificación se deslizó en la redacción por efecto de un descuido, pues del consejo forman parte así los ascendientes llamados á la tutela que se excusaron, como los que no estaban llamados á la tutela y no hubieron menester alegar excusa alguna: los autores del Código francés no tuvieron, sin duda, en el pensamiento, al redactar ese artículo, otro género de tutela que la dativa, y en tal hipótesis el consejo no elige tutor mientras viva algún ascendiente, como éste no se haya excusado; pero sirve el descuido de confirmación á la doctrina que acabamos de establecer.

V

Personas incapaces para formar parte del consejo de familia.

El juez municipal no puede discernir el cargo de vocales de este consejo, aunque hubieren sido designados por los padres en su testamento, á las personas siguientes:

1.º «Los que están sujetos á tutela», por tanto, «los menores de edad no emancipados legalmente, los locos ó dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, los sordomudos que no sepan leer ni escribir, los que por sentencia firme hubieren sido declarados pródigos, y los que estuvieren sufriendo la pena de interdicción civil» (art. 200). Nótese que no es preciso, para que la

incapacidad se produzca, que las personas que acabamos de nombrar se hallen constituídas ya en tutela: basta que concurra en ellas alguna de las causas próximas por las cuales deba sometérseles á tutela: orfandad y menor edad, sentencia declaratoria de la prodigalidad, etc.; así resulta del Código penal de 1870, artículo 43, según el cual «la interdicción civil privará al penado, mientras la estuviere sufriendo, de los derechos de patria potestad, tutela..., participación en el consejo de familia, de la autoridad marital, etc.»; sin que se opongan á ello la ley de Enjuiciamiento criminal, art. 995, que dispone que «cuando la pena impuesta sea la de interdicción civil, cuidará el juez ó tribunal de que se observen las reglas establecidas en el art. 4.º de la ley de 18 de Junio de 1870 sobre efectos civiles de la interdicción» (nombramiento de tutor ó de curador para el interdicto, etc.), ni el art. 228 del Código civil, que viene á decir lo mismo.

Estando sujetos á tutela los menores no emancipados legalmente, es indudable que están también comprendidos en la prohibición de que tratamos los menores que estén sujetos á la patria potestad, aunque vivan independientes de sus padres, pues el art. 160 sólo los reputa como emancipados para el efecto de administrar los bienes que adquieran con su trabajo ó industria, y no para los demás efectos legales. Después nos haremos cargo de la duda sobre si alcanza la incapacidad á los emancipados que sean menores de edad.

2.º «Los que hubieren sido penados por los delitos de robo, hurto, estafa, falsedad, corrupción de menores ó escándalo público.»

3.º «Los condenados á cualquier pena corporal mientras no extingan la condena.»

4.º «Los que hubieren sido removidos legalmente de otra tutela anterior»; los que lo sean de la misma tutela, por cualquiera de las causas especificadas en el art. 238 del Código, y los que lo hubiesen sido de otro consejo de familia. Habría que distinguir sin embargo, si el haberse ingerido el tutor en la administración de la tutela sin reunir el consejo de familia ó el no

haber formalizado previamente el inventario, fué debido al dolo, ó simplemente efecto de error ó de ignorancia; pues en esta última hipótesis, el rigor de la ley, excluyendo del propio consejo ó de otro á tal persona resulta exagerado.

5.º «Las personas de mala conducta ó que no tuvieren manera de vivir conocida.»

6.º «Los quebrados y concursados no rehabilitados.»

7.º «Las mujeres, salvo los casos en que la ley las llama expresamente», los cuales hemos analizado en el comentario al artículo 294:

8.º «Los que al deferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el menor sobre el estado civil.»

9.º «Los que litiguen con el menor sobre la propiedad de sus bienes, á menos que el padre, ó en su caso la madre, sabiéndolo, hayan dispuesto otra cosa.»

10. «Los que adeuden al menor sumas de consideración, á menos que con conocimiento de la deuda hayan sido nombrados (vocales del consejo) por el padre, ó en su caso por la madre.»

11. «Los parientes mencionados en el párrafo segundo del art. 293 que no hubieren cumplido la obligación que dicho artículo les impone.»

12. «Los religiosos profesos.»

13. «Los extranjeros que no residan en España» (art. 237).

14. «Las personas á quienes el padre, ó la madre en su caso, hubieren excluído en su testamento de este cargo» (artículo 298), en los casos y forma que dejamos expuestos al comentar el art. 294.

15. «El tutor y protutor en la misma tutela» (art. 299).

16. «Los parientes comprendidos en el art. 214 que hubieren solicitado la declaración de incapacidad de un loco, sordomudo ó demente, respecto del consejo de familia constituído para informar á los Tribunales acerca de dicha incapacidad» (artículos 216 y 217).

¿Entra la mayor edad entre las condiciones generales de la

capacidad para ser vocal del consejo de familia, ó ha quedado derogado en este punto el art. 1924 de la ley de Enjuiciamiento civil? Decía éste que «la junta de parientes se compondrá: 1.º, de los ascedientes del menor; 2.º, de sus hermanos *mayores de edad*; 3.º, de los maridos de las hermanas *de igual condición* que aquéllos (esto es, mayores de edad) y viviendo éstas; 4.º, á falta de ascendientes, hermanos y maridos de hermanas, ó cuando sean menos de tres, se completará la junta hasta el número de cuatro vocales con los parientes varones más allegados y *mayores de edad*, etc.» Al trasladar este artículo al Código civil, se ha suprimido el calificativo «mayores de edad»; y se pregunta si la supresión ha sido intencional. El proyecto de 1851 disponía que «no pueden obtener los cargos de tutor, protutor y vocal del consejo de familia: 1.º, los menores de edad: 2.º, los mayores de edad que se encuentren bajo curaduría» (art. 202). El Código francés había incluído también entre los incapaces á «los menores de edad, á no ser que se trate de sus hijos» (art. 442). Nuesto Código se ha apartado de estos precedentes. «No pueden ser tutores ni protutores (ni vocales del consejo de familia), los que están sujetos á tutela» (arts. 237 y 298), y «están sujetos á tutela los menores de edad no emancipados legalmente» (artículo 200); por lo tanto, pueden ser tutores, protutores y vocales del consejo de familia, los menores que hubieren sido emancipados. Confirma esta deducción el art. 227, que entre las personas á quienes corresponde la tutela de los pródigos cuenta á los hijos varones emancipados. Aun dada la redacción del artículo 202 del Proyecto de 1851, decía García Goyena que «pudiendo el emancipado obligarse y administrar sus cosas, podrá también ser tutor». Y el Código portugués admite también á los menores emancipados, puesto que en su art. 234 declara que no pueden ser tutores, protutores ni vocales del consejo de familia los menores no emancipados; luego pueden serlo los emancipados.

Pero ¿todos los menores emancipados legalmente pueden ser vocales del consejo de familia? A nuestro juicio, no. La emanci-

pación y la habilitación de mayor edad capacitan al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor (arts. 317 y 324); pero con estas dos excepciones: el emancipado por matrimonio que fuere menor de dieciocho años, el cual no puede administrar ni comparecer en juicio sin consentimiento y asistencia de su padre, madre ó tutor (art. 59); y el menor de edad, aunque sea mayor de dieciocho años, que se casa sin haber obtenido la licencia de las personas á quienes corresponde otorgarla, el cual no recibe la administración de sus bienes hasta cumplir los veintitrés años (art. 50). Si bien estos menores podrán administrar bienes ajenos, en virtud de mandato (art. 1716), no así los de una persona sujeta á tutela, que no puede conferirles poder alguno; emancipados en cuanto á su persona, siguen como en situación de tutela ó de patria potestad, en cuanto á los bienes; y no había de suplir la capacidad jurídica de un incapacitado ó menor aquel que no la tiene cabal ó á quien ha sido mermada ó suspendida por vía de pena.

Respetamos la opinión, aunque sin conformarnos con ella, de los que creen que debe aplicarse esta doctrina á todos los emancipados que sean menores de edad, fundándose en que éstos tampoco tienen en absoluto la libre administración de sus bienes, puesto que, según el mismo art. 317 antes citado, no pueden tomar dinero á préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles, ni comparecer en juicio sin el consentimiento de su padre, madre ó tutor. La exigencia de este requisito, en previsión de los perjuicios que pudieran sufrir por su inexperiencia en los actos transcendentales á que se limita, no les priva de la libre administración de sus bienes, de la que carecen en absoluto los que son menores de dieciocho años. Además, ni expresa ni tácitamente los excluye el Código, como ya se ha demostrado, sin que esto pueda atribuirse á inconsecuencia ni á descuido, pues se habrá fundado para ello en que el emancipado mayor de dieciocho años y menor de veintitrés está autorizado para regir su persona y bienes como si fuere mayor de edad, y, por consiguiente, lo mismo podrá hacer respecto del menor ó incapacita-

do que esté sujeto á su tutela; y como el tutor no puede tomar dinero á préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles, ni comparecer en juicio á nombre del tutelado sin autorización expresa del consejo de familia (art. 269), queda así suplido cumplidamente el requisito de exigir el consentimiento de su padre, madre ó tutor, impuesto con plausible previsión al emancipado menor de edad para ejecutar esos actos con relación á su propio caudal. Y en cuanto á ser vocal del consejo de familia, como éste ha de componerse de cuatro individuos más por lo menos, tampoco hay el menor peligro en que emita su voto sobre dichos actos y los demás en que deba intervenir en ese concepto. Por estas consideraciones nos afirmamos en nuestra opinión de que los emancipados menores de edad, pero mayores de dieciocho años, tienen capacidad legal para ser vocales del consejo de familia, lo mismo que tutores y protutores.

VI

Remoción ó rehabilitación de los vocales, caso de que sobrevengan ó desaparezcan las causas de incapacidad después de constituído el consejo.

Serán exonerados y removidos del cargo de vocales del consejo que estuviesen desempeñando:

1.º Los que incidan en alguno de los casos de incapacidad expresados en los números 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 8.º, 9.º, 12 y 13 del párrafo precedente (art. 238). Por ejemplo; si una persona desempeña el cargo de tutor en una tutela y el de vocal del consejo en otra, inmediatamente que sea removido del primero, deberá por ese solo hecho ser exonerado del segundo: si teniendo la cualidad de consejero ó vocal en una tutela, fuese nombrado tutor ó protutor de la misma, debe cesar en el mismo instante en dicho cargo y ser sustituído: si judicialmente fuese declarado pródigo ó condenado á una pena corporal, ó concursado; si se diese á la embriaguez, al juego ó á otro cualquier género de desarreglo grave en sus costumbres; si profesara en

una orden religiosa, etc., deberá igualmente ser privado del cargo de vocal, y en su caso, ser sustituído por otro. La ley de 24 de Mayo y 18 de Junio de 1870 disponía que «el penado con la interdicción civil que estuviese desempeñando el cargo de tutor curador (ó el de vocal de un consejo de familia, según el art. 43 del Código penal del mismo año), cesará en sus funciones, y se proveerá de nuevo guardador al menor ó incapacitado». Ahora bien, las demás causas que inhabilitan para el ejercicio de dichos cargos están en el mismo caso y han de producir los mismos efectos. No considera el Código motivo suficiente para remover del cargo de tutor ó protutor á una persona el hecho de suscitarse un litigio entre ella y el menor sobre propiedad de los bienes de éste (arts. 238, párrafo 1.º, y 237, párrafo 9.º), porque para ese caso está el protutor (art. 236, párrafo 2.º): la excepción es perfectamente adaptable á los vocales, por cuanto éstos no pueden tomar parte en las reuniones del consejo «cuando se trate de negocio en que tengan interés ellos, sus descendientes, ascendientes ó consortes» (art. 307). Tal vez, sin embargo, habría sido más prudente en dicha hipótesis ordenar la remoción total, como en el Código portugués (art. 235, párrafo 4.º, y 234, párrafo 5.º).

El Proyecto de Código civil de 1851 expresaba esta causa del siguiente modo: «serán separados de la tutela: 4.º, los inhábiles desde que sobrevenga *ó se averigüe* su incapacidad» (artículo 203), y lo explicaba García Goyena diciendo que «lo que existiendo y siendo conocido antes, impediría la entrada en la tutela, debe ser causa legítima de separación cuando sobreviene *ó es conocido* después de la tutela». Conviene tener en cuenta esta observación para la mejor inteligencia de este caso 1.º El Código civil de la República Argentina (art. 457) y el de Costa Rica (artículo 183) han copiado el proyecto español.

2.º Los que se conduzcan mal en el desempeño del cargo (artículo 238, núm. 4.º), procediendo en él maliciosamente ó con negligencia culpable, que dé lugar á exigir responsabilidad á los vocales del consejo, según el art. 312; ó con evidente falta

de aptitud, acreditada por repetidos desaciertos en la administración, viciosa conducta del menor, perjuicios causados á éste en su persona ó en sus bienes por acuerdos del consejo, anulados ó no por los tribunales, al tenor del artículo 296, etc.: «ome perezoso e *de mal recabdo*», decía el Código de las Partidas (6.ª, título 18, ley 4.ª). El Código francés expresaba esto, diciendo: «las personas cuya gestión demostrase incapacidad ó infidelidad (art. 444); el italiano, «las personas... públicamente consideradas como incapaces para administrar; las de probada infidelidad ó negligencia, etc.» (art. 269); la primera causa de remoción que instituye el Código civil de Chile es «la incapacidad», la tercera «la ineptitud manifiesta», la cuarta «actos repetidos de administración descuidada» (art. 539).

3.º El que resultare excluído del consejo por los padres en testamento descubierto con posterioridad al discernimiento del cargo de vocal (deducción de los arts. 298 y 210).

4.º El que en igual hipótesis, esto es, siendo ya vocal del consejo de familia de un menor ó incapacitado, fuese nombrado tutor ó protutor del mismo pupilo (art. 299).

5.º El que abandonare el cargo, ausentándose por tiempo largo ó indefinido al extranjero ó á las colonias, etc. El caso, con respecto al tutor, se halla previsto de una manera indirecta en el art. 236, párrafo 4.º (como en el Código francés, art. 424; en el italiano, art. 266, etc.); y en él vienen comprendidos los vocales por virtud del art. 298.

Tratándose de la remoción del tutor ó protutor, ya vimos que la autoridad competente para acordarla es el consejo de familia; pero tratándose de la remoción de algún vocal, no puede serlo el consejo mismo, porque el Código no le atribuye esta facultad. Tampoco puede serlo el juez municipal, porque su intervención, y por consiguiente su competencia en esta materia, está limitada á la constitución del consejo (arts. 300 y 301), y no puede ampliarse á cosas ni casos no determinados en la ley. Pero, aunque no haya en el Código disposición concreta sobre este punto, existen otras de las cuales se deduce que la remoción de los vocales

del consejo de familia, cuando se hace contenciosa, es de la competencia del juez de primera instancia con apelación á la Audiencia del territorio. Y no puede ser de otro modo, dada la organización actual de nuestros Tribunales, y la índole y gravedad de esa cuestión, que puede afectar á la honra y reputación del vocal de cuya remoción se trate.

El art. 296 declara de la competencia de los Tribunales las cuestiones que se refieran á la nulidad de la constitución del consejo de familia, encargándoles que subsanen ó reparen el error que en ella se hubiere cometido, y á la validez de dicha constitución afecta la incapacidad de alguno de los vocales. Que todas las cuestiones que se refieran á la organización y al ejercicio de la tutela, cuando se hagan contenciosas, son de la competencia de los Tribunales ordinarios, debiendo incoarse ante el juez de primera instancia, se deduce también de los arts. 240 y 310, y de haberse establecido en dichos juzgados el registro de las tutelas, con la obligación que impone al juez el art. 292. Y si para completar estas disposiciones acudimos á la ley de Enjuiciamiento civil, veremos que el art. 483 de la misma declara que deben decidirse en juicio ordinario de mayor cuantía, y por consiguiente ante los jueces de primera instancia, las cuestiones «que versen sobre el estado civil y condición de las personas», y que, según el 1879, los tutores y curadores no pueden ser removidos por un acto de jurisdicción voluntaria, y «para decretar su separación después de discernido el cargo, será indispensable oirlos y vencerlos en juicio»; disposición que es también aplicable por analogía á los vocales del consejo. Tenemos, pues, por indudable que las cuestiones sobre incapacidad y remoción de los vocales del consejo, lo mismo que de los tutores y protutores, cuando se hacen contenciosas, son de la competencia de los jueces de primera instancia, como se ha dicho.

Así lo ha declarado terminantemente, después de la primera edición de esta obra, el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de Marzo de 1901, añadiendo que no es necesario acuerdo previo alguno del consejo de familia.

En cuanto al procedimiento para estas cuestiones, tampoco se dice nada en el Código, por ser de la competencia de la ley de Enjuiciamiento civil. Cuando ésta se reforme para ponerla en armonía con aquél, se resolverá indudablemente este punto, y creemos que también el de la competencia. Mientras tanto, nos consideramos en el deber de consignar lo que entendemos procedente conforme á la legislación actual y á los principios y reglas generales en que está basada. No se eche en olvido que tratamos de las causas de incapacidad que sobrevengan ó se descubran después de constituído el consejo, que son las únicas que pueden dar lugar á la remoción.

Ya se ha dicho que el Código no autoriza al consejo de familia para acordar la remoción de aquel de sus vocales que se haya incapacitado para el cargo; pero tampoco le priva de la facultad que tiene toda corporación oficial para examinar las calidades y la aptitud legal de sus individuos, y proponer la remoción del que no la tenga á quien corresponda resolver sobre ello. Por esto, y por parecernos de sentido común y de buen resultado práctico, sin disposición legal que lo impida, creemos, que cuando el consejo tenga noticia por denuncia del tutor ó protutor, ó por otro medio, de que alguno de sus vocales ha incurrido en incapacidad, puede reunirse para examinar el caso y, después de oir al interesado, deliberar sin asistencia de éste (art. 307) sobre la certeza del hecho y si es causa legal de incapacidad. Si entiende que existe ésta, podrá acordar que se haga saber al interesado, por si le conviene renunciar al cargo, y no haciéndolo en un breve plazo, que se promueva el juicio de remoción en el juzgado de primera instancia. Si el interesado renuncia, habrá de ponerlo el consejo en conocimiento del juez municipal para que disponga el reemplazo del denunciante, si no llegasen á cinco los vocales que resten. Y si no renuncia y transcurren los quince días que señala el art. 240 sin haber reclamado contra dicho acuerdo, se entablará por el consejo la demanda de remoción, ó pedirá ésta por vía de reconvención en el caso de que se haya entablado aquella reclamación.

Como el tutor no puede entablar demandas á nombre del menor ó incapacitado sin la autorización del consejo de familia (artículo 269, núm. 13), cuando entienda que debe pedir la remoción de algún vocal tendrá que solicitar dicha autorización, y el consejo empleará el procedimiento antes indicado para resolver si debe ó no concederla, oyendo al interesado. Si la concede, el tutor ejercitará la acción ante el juzgado de primera instancia, diréctamente ó por medio de reconvención, según los casos. Lo mismo habrá de entenderse respecto del protutor. Pero si entabla la acción un pariente de los llamados por la ley al consejo ó cualquiera otra persona interesada, podrá acudir desde luego directamente al juzgado de primera instancia, y lo mismo cuando se pida la remoción de todo el consejo ó de la mayoría de sus vocales. En estos casos el actor litigará á sus expensas, pues aunque lo haga en interés del menor ó incapacitado, no tiene su representación, y no le es aplicable, por tanto, la disposición de los arts. 241 y 249.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de Mayo de 1900, ha declarado que el tutor es, con arreglo al art. 262, el representante del menor en todos los actos civiles, y puede, por tanto, pedir en nombre del mismo la remoción de los vocales del consejo, debiendo interponer la demanda directamente ante los Tribunales, sin previa autorización del consejo de familia, ya que no es de racional aplicación al caso la doctrina establecida en los arts. 234 al 243, ni puede comprenderse esa demanda entre las que genéricamente menciona el núm. 13 del art. 269, ni es de buen sentido que se requiera como preliminar del juicio el consentimiento de las mismas personas contra quienes se va á promover.

Sobre el procedimiento para la demanda de remoción, preciso será atenerse á lo que ordena la ley de Enjuiciamiento civil. Esta previene en su art. 1879 que para decretar la remoción ó separación de los tutores y curadores después de discernido el cargo, y, por consiguiente, hoy también la de los protutores y vocales del consejo de familia, *será indispensable oirlos y vencerlos*

en juicio; y en el art. 1873 establece la regla general de que «toda cuestión que surja de las disposiciones contenidas en este título (el que trata de la tutela, con todo lo que á ella se refiere, inclusa la remoción), y haya de resolverse en juicio contradictorio, según lo ordenado en el mismo, se sustanciará en la forma determinada para los incidentes». El consejo de familia forma parte integrante de la tutela, á la cual, por tanto, se refieren las cuestiones que con aquél se relacionen, y en especial las relativas á las excusas y remoción de los vocales del consejo, en virtud de lo que dispone el art. 298 del Código, que estamos comentando; hemos demostrado también que estas cuestiones han de resolverse en juicio contradictorio: luego deben sustanciarse en la forma determinada para los incidentes en los arts. 747 y siguientes de dicha ley (1).

Ya se ha indicado que pueden promover el juicio de remoción el tutor, el protutor, los demás vocales del consejo, los parientes llamados por la ley á formar parte del mismo y cualquiera otra persona interesada. Por nuestro antiguo derecho, era popular la acción, y hasta podía el juez proceder de oficio, según la ley 3.ª, título 18, Partida 6.ª, que decía: «El juzgador, *por su oficio*, puede remover al guardador de la guarda, magüer no le acuse ninguno». Que puede hoy utilizarse la acción popular nos parece procedente, por tratarse de un asunto de interés público; no así el procedimiento de oficio en el sentido de que sea el mismo juez quien lo promueva y haga de actor, por ser esto contrario á la actual organización judicial y procesal. Aunque el art. 292 impone al juez de primera instancia la obligación de adoptar las determinaciones necesarias para defender los intereses de las personas sujetas á tutela, cuando lo estime necesario por el resultado del examen que debe hacer anualmente de los registros de tutelas, esas determinaciones no pueden ser la remoción de las personas que en ella intervengan, porque eso tiene que ser objeto de un juicio contradictorio. En tales casos el juez deberá

(1) Véase el comentario al art. 240.

acordar se pasen los antecedentes al Ministerio fiscal para que inste lo que estime procedente en defensa de la persona y bienes del menor ó incapacitado y para el cumplimiento de la ley; y á ese funcionario corresponderá pedir la remoción del vocal ó vocales incapacitados, haciendo de actor en el juicio, si no hay persona interesada que lo promueva.

Indicaremos, por último, que promovido el juicio de remoción, al juez que de él conozca corresponderá apreciar si deben continuar ó no en el ejercicio de su cargo el vocal ó vocales del consejo contra quienes se dirija, y podrá acordar su suspensión, si entiende que es necesaria para la defensa de los intereses de las personas sujetas á tutela, para lo cual le autoriza el art. 292 antes citado, comunicando en tal caso la oportuna orden al juez municipal para que proceda á completar interinamente el consejo de familia, si fuese necesario, hasta el resultado del juicio. La gravedad de esta medida exige que no se adopte, sino cuando haya motivos que la justifiquen.

Vengamos ahora al caso en que cesen las causas de inhabilitación, después de constituído el consejo de familia.

Establecen doctrina los códigos, y entre ellos el nuestro (artículos 244 y 246), acerca de lo que debe hacerse cuando cesan ó desaparecen las causas de exención después de constituída la tutela, y nada dicen del caso en que cesen ó desaparezcan las causas de incapacidad: únicamente el Código italiano, refiriéndose á una de ellas, dispone que: «Si (el condenado á una pena correccional por delito que no sea hurto, estafa, falsedad ó atentado contra las buenas costumbres) estuviese ya desempeñando la tutela, y la duración de la pena excediese de un año de prisión, perderá aquélla y no podrá volver á desempeñarla mientras no haya extinguido la condena: si fuese de menos de un año, el consejo de familia podrá exonerarlo del cargo» (artículo 270).

Con arreglo á nuestro Código, existen hechos que, una vez producidos, inhabilitan para siempre (las personas que hubieren sido penadas por delito de robo, hurto, estafa, falsedad, corrup-

ción de menores ó escándalo público; las que hubiesen sido removidas legalmente en otra tutela anterior; los parientes llamados á la tutela legítima y los que por ley son vocales del consejo, que no hubiesen cumplido con la obligación que les impone el art. 293, etc.); y hechos ó estados que suspenden no más la capacidad para ser vocales de un consejo determinado ó de todos, la cual reaparece al punto que ellos cesan, tales como éstos: las personas sujetas á tutela; los condenados á cualquier pena corporal por causa que no sea robo, hurto, estafa, falsedad, corrupción de menores ó escándalo público; las personas de mala conducta ó que no tengan manera de vivir conocida; los quebrados y concursados no rehabilitados; los que al deferirse la tutela tengan pleito pendiente con el menor sobre el estado civil; los extranjeros que no residan en España (arts. 298-237). Es evidente que tan luego como hayan extinguido su condena los penados, concluída la tutela del menor, corregídose los disipados y adquiriendo bienes ó planteando una industria estable los que no tenían modo de vivir conocido, ejecutoriada la rehabilitación del quebrado, ó trasladada á España la residencia del extranjero, todas estas personas quedan capacitadas y hábiles por el mismo hecho para ejercer el cargo de vocales de un consejo de familia. Pero el consejo, en que les habría tocado entrar á no mediar aquellas incapacidades temporales, está ya constituído y funcionando cuando desaparecen: ¿deberá proceder el juez á su reconstitución, sea á instancia de algún vocal que pretenda ser relevado, sea á instancia de las personas mismas cuya incapacidad cesó y quieran ser admitidas en el consejo? Hemos discutido el punto con referencia á las causas de exención que cesan después de constituído el consejo. Con idéntico criterio ha de resolverse la cuestión presente, por lo cual nos limitamos á remitir al lector á lo dicho en el núm. 2.º de este comentario.

No es causa grave para la remoción de vocales del consejo de familia, el hecho de que algunos acuerdos hayan sido revocados con más ó menos fundamento por la autoridad judicial, ni puede impugnarse en casación una sentencia que niega la remo-

ción de los vocales, por no considerar graves los hechos en que pretende fundarse ese acuerdo. (Sentencia de 12 de Diciembre de 1905.)

VII

Exclusiones del consejo de familia por testamento.

Según vimos al tratar de las personas que son inhábiles para el cargo de vocales del consejo de familia, el artículo que estamos comentando cuenta á las que han sido excluídas por el padre ó la madre en su testamento. Es una consecuencia lógica de la facultad reconocida á los padres por el art. 294 para designar las personas que deben componer dicho consejo.

Aunque el Código no haya establecido expresamente lo mismo con respecto á los tutores y á los protutores, debe darse por supuesto: la lógica y los buenos principios de derecho pedían que se autorizase á los padres para excluir de dichos cargos á las personas que no les merezcan confianza y pudieran llegar á ejercerlos por llamamiento de la ley ó por nombramiento del juez. La exclusión testamentaria como causa de incapacidad para desempeñar cargos de tutela se halla admitida expresamente en varios Códigos y leyes, señaladamente del siglo pasado y de la primera mitad del presente: Codex Maximilianus de Baviera (1756), libro 1.º, cap. 7.º; Landrecht prusiano (1794), Part. 2.ª, título 18; ley sobre tutelas de Sajonia (1782); Código civil de Austria (1811), art. 193; Código de la República de las islas Jónicas (1841), art. 313; Código de Servia (1844), art. 162, etc., y hoy también en el Código alemán (1900), art. 1866.

Sobre la aplicación de esta causa de incapacidad cuando concurren exclusiones y nombramientos hechos por el padre y por la madre en sus respectivos testamentos, hemos disertado al comentar el art. 294, y á él nos remitimos.

VIII

Incompatibilidad del cargo de vocal del consejo con los de tutor y protutor.

Según el art. 201, la tutela se ejerce por un solo tutor *bajo la vigilancia* del protutor y del consejo de familia; dedúcese de aquí muy lógicamente que el tutor no podrá ser juntamente protutor ni vocal del consejo, porque á nadie se vió jamás por vigilante de sí propio. Estuvo, pues, muy acertada la Comisión de Codificación al declarar inhábiles para ser vocales del consejo de familia á los que ejercen los cargos de tutor y protutor en la misma tutela, en tanto que la ejerzan (art. 299). Por consiguiente, si llega el caso de nombrarse tutor y protutor, ó de discernirse estos cargos á personas que forman parte del consejo de familia, y no alegan causa de excusa, ó la alegada no les es admitida, dejarán de ser vocales en el mismo punto. Por esto, cuando el tutor ó el protutor ó entrambos hubiesen de ser dativos, que es decir nombrados por el consejo, conviene que inmediatamente de constituído éste delibere sobre dichos nombramientos, á fin de que en el caso de recaer en personas á quienes hubiere sido discernido el cargo de vocal, las sustituya por otras el juez sin levantar mano, ó indague en la misma junta, evitando mayores dilaciones, la persona ó personas que por la ley deban sucederles, ó á quienes convendría deferir el cargo, y las mande citar en el acto.

El Código civil francés no resolvió el caso por disposición general, y hay jurisprudencia contradictoria; sin embargo, los más de los comentaristas han deducido de los arts. 423 y 436, que sancionan excepciones, la regla de que así el tutor como el protutor ó *subrogé-tuteur*, son vocales natos del consejo de familia, salvo cuando haya de tomarse acuerdo sobre asuntos en que estén personalmente interesados. El Código italiano declara explícitamente miembros del consejo de familia al tutor y al pro-

tutor, lo mismo que, en su caso, al curador (art. 251), con limitaciones análogas á las señaladas en el Código frances (art. 259). El de Portugal impone al tutor la obligación de asistir á todas las sesiones del consejo, aunque sin tener en ellas más que voto consultivo (art. 215); ya antes, la Nev. Ref. judicial de 1841 llamaba al consejo al tutor ó curador, pero sin voto (art. 394).

Algo parecido á esto último es lo que tiene admitido nuestro Código: el protutor puede asistir á todas las sesiones del consejo y tomar parte en sus debates, aunque sin derecho á votar (artículo 236); el tutor puede asistir, con igual restricción, á aquellas que se celebraren á instancia suya; y los dos tienen obligación de asistir, aunque también sin voto, cuando sean citados (art. 308), y por de contado, cuando se trate de su remoción (art. 239). La ley de Enjuiciamiento civil no computaba al curador en el número de los que habían de componer la junta de parientes, aunque él lo fuese (art. 1924); pero podía, siendo testamentario, recusar al pariente ó amigo que hubiere sido elegido cuando á su juicio existiesen motivos para presumir que faltaría á la imparcialidad ó que obraría movido por interés (art. 1929).

Con relación al art. 299, véase en el comentario del 244 la doctrina de la sentencia de 10 de Abril de 1905.

ARTÍCULO 300

La junta para la formación del consejo de familia será presidida por el juez municipal. Los citados están obligados á comparecer personalmente, ó por medio de apoderado especial, que nunca podrá representar más que á una sola persona. Si no comparecieren, el juez podrá imponerles una multa que no exceda de 50 pesetas.

I

Junta para la formación del consejo de familia: á quién corresponde presidirla y deliberar: personas que deben concurrir.

En los párrafos V y VI del comentario al art. 963 se ha dicho quién es el juez competente para constituir el consejo de familia

y las personas que deben ser citadas con este objeto, que son aquellas á quienes corresponde ser vocales de dicho consejo, conforme al art. 294. En el día, hora y sitio designados en la citación, se reunirán en junta todas estas personas, bajo la presidencia del mismo juez municipal que las hubiere convocado, con asistencia también del secretario del Juzgado para que extienda el acta y la autorice con su firma, certificando de lo que en ella se consigne, conforme á los artículos 249 y 252 de la ley de Enjuiciamiento civil, pues dicha junta tiene el carácter de actuación judicial, puesto que interviene personalmente la autoridad judicial por mandato expreso de la ley.

«Los citados están obligados á comparecer», dice el artículo que estamos comentando, bajo la sanción penal que luego examinaremos; y como el cumplimiento personal de esta obligación pudiera causarles perjuicios en sus intereses ó en sus personas, á fin de evitarlos y de que no haya pretexto para eludirla, les autoriza con notoria equidad para que comparezcan personalmente ó por medio de apoderado especial. Así, el que por otras ocupaciones perentorias, por estar ausente ó tener que ausentarse, ó por cualquier otro motivo no pueda ó le sea molesto concurrir personalmente á la junta, puede hacerlo por medio de otra persona, á quien confiera su representación, de suerte que no tendrá razón para excusarse por aquellos motivos de cumplir dicha obligación. El poder ha de ser *especial* para concurrir á la junta de que se trata en representación del poderdante, y hacer en ella cuantos actos y reclamaciones podría éste ejecutar por sí mismo si compareciera personalmente. Deberá otorgarse por escritura pública ante notario, legalizando su firma cuando sea necesario este requisito, y habrá de presentarse en el acto de la junta para que se una al expediente, después de examinado por el juez y de tenerlo por bastante.

Podrá suceder que por un accidente imprevisto, ocurrido á última hora, alguno de los citados no pueda concurrir á la junta, y que no haya notario en el pueblo que pueda autorizar el poder: en tales casos, creemos que el interesado podrá hacer el

nombramiento de apoderado *apud acta*, por comparencia ante el juez municipal; y con asistencia de dos ó tres testigos y del secretario, que autorizará el acto. Es verdad que del silencio de la ley sobre este punto se deduce que el poder ha de otorgarse en escritura pública ante notario, por ser ésta la regla general; pero en el caso supuesto, la necesidad se impone, y no vemos otro medio más legal que el indicado para dar cumplimiento á lo que la misma ley ordena; medio que, por otra parte, es adecuado á la índole y objeto de estos asuntos.

Podrá ser apoderado especial en la junta de que se trata cualquiera que tenga capacidad legal para ser mandatario, sea ó no pariente del sujeto á tutela, sin otra limitación que la establecida en el presente artículo al ordenar que «el apoderado especial nunca podrá representar más que á una sola persona». De esto se deduce que no puede ser apoderado de otro el que deba concurrir á la junta por su propio derecho en virtud de la citación hecha con este objeto, y como es ineludible en los citados la obligación de comparecer, no puede hacer renuncia de su derecho ninguno de éstos para aceptar la representación de otro. El Código civil de Polonia resolvió la duda en términos más concretos, declarando en su art. 382 que «ningún vocal del consejo de familia puede representar á otro, y ningún apoderado más que á una sola persona». Fúndase, sin duda, esa disposición en que los llamados á ser vocales del consejo no concurren á esta junta para votar y resolver, sino para alegar y discutir sobre la capacidad y el derecho de cada uno de ellos, correspondiendo la resolución al juez municipal; la ley quiere que antes de resolver oiga á todos y á cada uno de los interesados, como es de justicia, y no se conseguiría este objeto si una persona llevase la representación de dos ó más. Por consiguiente, cuando dos ó más de los que deban concurrir á la junta hayan dado poder á una misma persona, ésta tendrá que optar por la representación de uno solo de ellos, y de otro modo no podrá el juez admitirla á formar parte de la junta.

Si hubieren concurrido todos los citados que tienen la obli-

gación de comparecer (1), el juez municipal tendrá por constituída la junta, y procederá á enterarles del objeto de ella y de las razones que haya tenido para convocarlos, por creerles con derecho á ser vocales del consejo de familia que va á constituir. Los concurrentes manifestarán su conformidad, ó cada uno expondrá y solicitará lo que estime procedente sobre las excusas que le asistan, sobre la incapacidad de alguno de los citados, sobre el mejor derecho de otro que no lo haya sido, ó sobre cualquier otro punto ó incidente relacionado con el acto de que se trata. También podrán hacer estas reclamaciones el tutor y el protutor testamentario, si los hubiere, los parientes no citados y cualquier otro interesado que se presente voluntariamente en la junta por sí ó por apoderado especial. El juez oirá á los demás interesados, y en vista de lo que exponga y de las pruebas que aduzcan, caso necesario, resolverá lo que estime procedente.

¿Qué deberá hacerse cuando no concurran todos ó alguno de los citados? El artículo que comentamos, aunque les obliga á comparecer, dice que «si no comparecieren, el juez podrá imponerles una multa que no exceda de 50 pesetas». Esta y no otra es la sanción penal por la falta de cumplimiento de dicha obligación. No previene la ley que se les cite de nuevo, ni que deje de celebrarse la junta por la falta de asistencia de los citados, en consideración, sin duda, á ser de urgencia la constitución del consejo para que llene los fines de esta institución. Por consiguiente, en el día y hora señalados el juez municipal procederá á celebrar la junta con los citados que concurran, imponiendo la multa, de que hablaremos en el párrafo siguiente, á los que no hubieren comparecido, y en la misma sesión hará la designación ó nombramiento de las personas que deban formar el consejo, según los datos y antecedentes que le

(1) No tienen esta obligación los parientes que residan fuera del radio de 30 kilómetros; su aceptación es voluntaria (art. 297), y es de suponer que no aceptan si no comparecen por sí ó por apoderado especial, ni manifiestan de otro modo su voluntad.

sirvieron de fundamento para acordar la citación, y los que haya adquirido después que puedan rectificarlos. Lo mismo habrá de practicarse cuando no concurra ninguno de los citados: llenada la formalidad de la citación, única que exige la ley, el juez está en el deber de dictar la resolución que proceda, concurran ó no los citados. Sólo en el caso de no haberse hecho las citaciones en forma legal, ó de haberse omitido la de alguna de las personas que deban ser convocadas conforme á la ley, podrá acordar que se subsanen las faltas que anularían el acto, haciendo nuevo señalamiento para la celebración de la junta.

Una vez constituída la junta ¿podrá suspenderse y prorrogarse su continuación para otro día? Nada dice la ley sobre ello aunque parece da por supuesto que ha de terminarse en una sola sesión, como sucederá las más de las veces y deberá practicarse siempre que sea posible. Sin embargo, en consideración á que estas juntas tienen el carácter de juicio verbal, y que será preciso recibir las pruebas para justificar las excusas, exclusiones ó inclusiones que se hubieren solicitado, cuando los hechos en que se funden no sean notorios ni resulten del expediente, y no haya sido posible presentarlas en el acto, creemos que en tales casos el juez municipal podrá suspender la junta para continuarla en el día y hora que tenga á bien señalar; pero sólo con dicho objeto, y sin dar lugar á dilaciones innecesarias, que pueden causar perjuicios al menor ó incapacitado, y de cuyos perjuicios sería aquél responsable, si se ocasionasen sin causa justificada.

Con el nombramiento de los vocales, hecho por el juez municipal, queda formado el consejo de familia; pero no constituído definitivamente, pues para esto falta la elección de presidente, conforme al art. 304, sin la cual no puede funcionar, ni ser convocado, porque la convocación corresponde al presidente según dicho artículo, para la reunión que debe celebrar inmediatamente después con el objeto que determina el 301, ni para ninguna otra. Por eso entendemos que, aunque la misión del juez y de la junta parece terminada con dicho nombramiento, procederá

aquél legalmente invitando, antes de dar por terminada la junta, á los vocales nombrados, siempre que se hallen presentes tres por lo menos, número necesario para tomar acuerdos (artículo 805), para que en el acto hagan la elección de su presidente, consignándola en el acta de la junta. De este modo, con la certificación del acta que deberá dárseles, tendrá el consejo un documento auténtico que acredite su nombramiento y su constitución definitiva para los efectos ulteriores en el ejercicio de su cargo.

Aunque con el nombramiento de los vocales del consejo de familia queda terminada la junta, y también la misión encomendada por la ley al juez municipal, eso no obsta para que éste siga conociendo hasta dejar constituído el consejo, puesto que corresponde á todo juez la ejecución de sus acuerdos y la resolución de los incidentes que ocurran en los asuntos de su competencia (art. 55 de la ley de Enjuiciamiento civil). Por consiguiente, si alguno de los elegidos no hubiere concurrido á la junta, deberá el juez hacerle saber el nombramiento para su aceptación y efectos consiguientes; y á la vez que le haga comparecer con este objeto, creemos procedente que convoque á los demás vocales para el mismo día y hora á fin de que hagan la elecciòn de presidente del consejo. Si aquél se negare á aceptar el cargo, alegando excusa ú otro motivo, como podrá hacerlo si no hubiere sido citado para la junta ni concurrido á ella, el juez municipal, previa audiencia verbal de los otros vocales, resolverá sobre ello lo que estime justo, como incidente promovido en la ejecución de un asunto de su competencia. De esta reunión se levantará también acta, como complemento de la anterior, y se dará por terminado el expediente de constitución del consejo, archivándolo en el mismo juzgado, después de dar la correspondiente certificación del acta de la junta y de la adicional en su caso al presidente del consejo, como se ha dicho.

Concluiremos este punto indicando que el acta de la junta deberá contener, como es natural, la relación sucinta y exacta de todo lo que en ella haya ocurrido, y las resoluciones del juez,

tanto sobre las excusas, incapacidades y preferencias que se hubiesen alegado, como sobre el nombramiento de los vocales para el consejo, con expresión de los hechos en que se funde la capacidad legal de cada uno de ellos, ó el concepto en que hayan sido nombrados. El Código italiano, único que establece doctrina acerca de este particular, dice en su art. 256, que «el acta de la primera sesión expresará los hechos de que resulta la cualidad de cada uno de los miembros del consejo y declarará haberse constituído éste en forma». Y el expediente para la formación del consejo, que ha de terminarse y archivarse con dicha acta y las diligencias necesarias para su ejecución, deberá contener: la partida de defunción del padre ó de la madre, cuyo fallecimiento haya ocasionado la tutela; su testamento, si lo hay, para que consten de un modo fehaciente los nombres de las personas designadas para componer el consejo de familia, ó para acreditar que no designaron ninguna; certificación del Registro de actos de última voluntad, sobre si murió intestado, ó cuál sea el último testamento; partida de nacimiento del sujeto á tutela, siendo éste un menor, ó testimonio de la declaración de incapacidad del loco, demente, sordomudo ó pródigo, ó de la sentencia en que se haya impuesto la pena de interdicción; además, las partidas ó certificados que sean necesarios para acreditar el grado de parentesco, en el caso de que haya cuestión sobre ello; copias de las escrituras de poder, y los demás documentos y actuaciones que pertenezcan á ese expediente.

En los párrafos siguientes nos haremos cargo de algunas dudas y cuestiones que podrán suscitarse en la aplicación del artículo que estamos comentando.

II

Multa á los citados que no concurren á la junta; si es forzosa su imposición: procedimiento para exigirla.

El art. 306 dispone que si *los vocales* «no asistieren (á las sesiones del consejo) *ni alegaren excusa legítima*», puede imponérse-

les una multa que no exceda de 50 pesetas; y el 300, que si *los citados* (á la junta para la formación del consejo) «no comparecieren, el juez podrá imponerles una multa que no exceda de 50 pesetas»: ¿es que ha entendido la ley no admitir excusa (mejor dicho, «impedimento», que esto principalmente significa aquí), en el caso del art. 300, que estamos comentando? El Proyecto de 1851 admitía la justa causa para no comparecer á la reunión preliminar en que se constituía el consejo, y no decía si podía alegarse para no asistir á las demás. «El alcalde—dice—puede multar hasta en cantidad de 10 duros al pariente que no comparezca en el término que se le prefijó; sin embargo, cuando la no comparecencia proceda de justa causa, y el alcalde estime útil al menos que se aguarde al ausente, podrá deferir la reunión. Igual multa podrá imponer el alcalde á los que dejen de concurrir á cualquier otra reunión del consejo de familia.» La consecuencia que sacamos de aquí es que entrambos casos han de apreciarse con un común criterio, que en ninguno de ellos es obligatoria, y menos forzosa, la imposición de la multa, como lo da á entender el verbo *podrá*, empleado en los dos artículos, dejando así á la prudencia y discreción del juez el apreciar si hay ó no motivo para la corrección, y, por consiguiente, que no debe imponerse multa al que dejó de asistir alegando justa causa de impedimento, tal como una tempestad, avenida de ríos que habían de vadearse, enfermedad propia ó de persona muy allegada de la familia, etc. ¿Aun cuando haya notario en el lugar de su residencia? Opinamos que sí; no tendría derecho el legislador para obligar á los que no pueden concurrir personalmente á que deleguen sus facultades á otra persona: 1.º, por el gasto que el otorgamiento de una escritura publica, y, en su caso, la retribución del apoderado, les impondría; y 2.º, porque el mandato depende de una condición personalísima, cual es que el mandante tenga confianza en algún sujeto para conferirle su representación, y puede suceder que alguna vez esta condición no se cumpla.

El procedimiento aplicable al caso deberá ser el que la ley de

Enjuiciamiento civil tiene establecido para las correcciones disciplinarias (arts. 451 y siguientes). Visto que alguna de las personas citadas no ha comparecido personalmente, ni apoderado á otro, ni justificado su ausencia con alguna razón suficiente, el juez municipal le impondrá de plano una multa de 1 á 50 pesetas; le hará notificar inmediatamente la providencia; le oirá en justicia, si lo solicita dentro de los cinco días siguientes á dicha notificación, sustanciando la audiencia en pieza separada, y decidiéndola en juicio verbal, en el que será parte el fiscal municipal; por último, dictará sentencia, sea confirmando, sea agravando (si cabe dentro del límite máximo de 50 pesetas), sea atenuando ó dejando sin efecto la corrección.

¿Y si el multado interpone el recurso de apelación contra la sentencia, deberá admitirlo? El Código francés tuvo la previsión de decidir el caso, diciendo: «esta multa será impuesta sin apelación por el juez de paz» (art. 413), aunque «como la ley no prohibe la vía de la reposición—dice Demolombe—, el juez de paz podría levantar la multa impuesta á la persona que acreditare haberle sido imposible asistir». Nuestro Código guarda silencio en este punto; otro tanto hizo el Proyecto de 1851, si bien la glosa de García Goyena lo resolvía en sentido negativo. «De esta imposición de multa (escribe) no hay apelación ni otro recurso que exponer ante el mismo juez excusa legítima ó imposibilidad de comparecer por sí y por apoderado especial; aun en este caso ha debido ponerla en noticia del alcalde, antes de expirar el término señalado para la comparecencia; en el caso del art. 195 (parientes de extrarradio), deberá avisar que no acepta el cargo». Esto no obstante, preferimos interpretar el silencio de la ley en el sentido de ser procedente la admisión del recurso, porque realmente se trata de una corrección disciplinaria, y la ley de Enjuiciamiento civil, concede en esta materia el recurso de alzada contra las sentencias de los juzgados municipales para ante el juez de primera instancia (art. 456).

Algunos códigos extranjeros destinan estas multas á instituciones benéficas: «para os estabelecimientos de beneficencia

pupillar» (Portugal, art. 214); «au profit de la caisse de pauvres de la commune du mineur» (antiguo de Valais, art. 198), etcétera. Pero en España, no existiendo disposición alguna especial, habrán de hacerse efectivas en papel de multas ó pagos al Estado. Si el multado resistiere el pago, se seguirá por el juez municipal el procedimiento de apremio.

III

Recursos contra las resoluciones del juez municipal.

Ya se ha dicho que corresponde exclusivamente al juez municipal la formación del consejo de familia, y por consiguiente la resolución de las cuestiones ó incidentes que se promuevan sobre excusas, incapacidades, inclusiones ó exclusiones, apreciar la capacidad legal y hacer el nombramiento de las personas que han de componerlo, conforme á lo prevenido en los artículos 294, 295, 297 y 298, y que todo esto ha de ventilarse y resolverse en la junta á que se refiere el 300, que estamos comentando. Podrá suceder que dicho juez, por ignorancia ó con malicia, se equivoque y falte á la ley en esas resoluciones, y justo es conceder algún recurso al que se crea lastimado en su derecho para que pueda enmendarse el error y restablecer el imperio de la ley. ¿Ha determinado el Código este recurso? Entendemos que sí, como luego se demostrará; pero hay quien opina en sentido contrario, y que en el silencio de la ley debe seguirse la regla general de admitirse la apelación para ante el juez de primera instancia del partido, y que, como en tal caso éste falla en segunda instancia, será procedente contra su fallo el recurso de casación. La cuestión es grave, y nos creemos en el deber de examinarla, anticipando que no estamos conformes con esta opinión.

La *Gaceta* y la *Colección Legislativa* nos han dado conocimiento de una sentencia del Tribunal Supremo, en la que se ventila y resuelve esa cuestión. Esta sentencia tiene la fecha de 18 de Junio de 1890, y de ella resulta lo siguiente:

Por el Juzgado municipal de Bilbao se formó expediente para la constitución del consejo de familia de unos menores, designando el tutor las personas á quienes correspondía por derecho componerlo. Dos sujetos preteridos en esa lista promovieron cuestión para que se declarase que uno de ellos debía ser nombrado vocal con preferencia á otro de los designados por aquél. Celebrada la junta que previene el art. 300 del Código civil, declaró el juez constituído el consejo con los cinco vocales que nombró en concepto de parientes más próximos de la línea paterna y materna, respectivamente, desestimando la pretensión de los reclamantes. Apelado el acuerdo ante el juzgado de primera instancia de aquella villa, recayó sentencia confirmatoria. Interpuesto contra ella recurso de casación por infracción de ley, declaró la Sala tercera del Tribunal Supremo, por sentencia de 18 de Junio de 1890, no haber lugar á la *admisión* de dicho recurso, fundándose en que, según los artículos 1689 y 1690 de la ley de Enjuiciamiento civil, sólo se da el recurso extraordinario de casación contra las resoluciones de las Audiencias y de los jueces, que tengan el concepto de definitivas, que son todas aquellas que ponen término al pleito ó asunto en que recaen, haciendo imposible su continuación, y sin que quede á los interesados otro medio de promover la misma cuestión ante los Tribunales; y que no se hallan en este caso los acuerdos adoptados por el juez municipal al formar el consejo de familia, en razón á que «en el art. 296 del Código civil se establece el modo y forma de reparar cualquier error que pudiera cometerse en la constitución del citado consejo por la inobservancia de los preceptos anteriores, fijándose de un modo claro y terminante que los Tribunales pueden subsanar cualquier nulidad que resulte de esta inobservancia»; y que «desde luego se advierte que los interesados que se crean en el caso de impugnar la formación del consejo de familia, entendiendo, como acontece en el caso actual, que el juez no se ajustó estrictamente á lo ordenado en la ley, tienen fácil y expedito el medio de acudir á los Tribunales con la correspondiente demanda de nulidad, sin que en manera alguna quepa en tal caso otro recurso, y mucho menos el de casación».

Resulta, pues, declarado por la respetable autoridad del Tribunal Supremo, que, contra los acuerdos del juez municipal para la formación del consejo de familia no cabe otro recurso más que la demanda de nulidad ante los Tribunales por la inobservancia de los preceptos de la ley, á fin de que se repare el error que se hubiere cometido, y, por consiguiente, que no procede el de apelación ante el juez de primera instancia. Esta es nuestra opinión, no sólo por las razones expuestas en dicha sentencia, sino también por otras deducidas del mismo Código y de la índole del asunto, que exige no se pongan obstáculos á la formación del consejo, á fin de que quede constituída la tutela lo antes posible, para evitar los perjuicios que de la dilación pudieran seguirse á los menores ó incapacitados.

De las excusas ó incapacidades de los tutores y protutores corresponde conocer y decidir al consejo de familia, y el que se crea agraviado podrá reclamar ó impugnar la decisión ante los Tribunales en el término de quince días: así se ordena terminantemente en los arts. 240 y 249, empleando los verbos *reclamar* ó *impugnar*, y no el de *apelar*, cuya significación es muy distinta en el tecnicismo legal y forense. Aplicando por analogía estas disposiciones á los acuerdos que dicte el juez municipal en la junta para la formación del consejo sobre excusas é incapacidades, que se rigen por lo establecido para los tutores (artículo 298), y sobre exclusiones ó inclusiones de los que deban ser vocales, resulta también que no cabe el recurso de apelación, que dilataría la constitución del consejo en perjuicio del menor ó incapacitado, sino la reclamación ó impugnación del acuerdo ante los Tribunales, entablando la correspondiente demanda para que se anule ó deje sin efecto tal acuerdo y se repare el error cometido en la formación del consejo, como lo ha declarado el Tribunal Supremo y se deduce del art. 296. Y al declarar este artículo que las cuestiones sobre nulidad y la reparación del error son de la competencia de los Tribunales, ha determinado implícitamente el recurso y procedimiento que puede entablarse, ó sea el modo y forma de reparar el error, como ha

dicho también el Tribunal Supremo, y que esto ha de entenderse sin perjuicio de que se lleve á efecto la resolución del juez municipal, como lo exigen la índole y urgencia del caso, y por lo cual, sin duda, no se ha establecido ni autorizado el recurso de apelación.

Aunque dicho art. 296 puede interpretarse en el sentido de que la subsanación de la nulidad ha de ser con relación á los actos ó contratos autorizados por el consejo constituído ilegalmente, como hemos expuesto al comentarlo, esto no supone que sea necesaria la existencia de un acto ó contrato de esa clase, cuya nulidad se reclame, para poder pedir á la vez la reparación del error cometido en la formación del consejo. Este error ha de repararse, en todo caso, aunque se subsane la nulidad del acto ó contrato, como lo ordena expresamente dicho artículo y es de sentido común, y, por consiguiente, podrá reclamarse luego que se incurra en él ó que sea conocida su existencia. La reclamación ha de fundarse en la infracción de cualquiera de las disposiciones contenidas en los arts. 293 y siguientes, relativas á la formación del consejo, y podrá entablarla el tutor ó protutor testamentarios, si los hubiese, ó cualquiera que se crea agraviado por la resolución del juez municipal, sin tener que esperar á que ese consejo constituído ilegalmente ejecute algún acto, cuya nulidad pueda reclamarse: esto sería un absurdo, y no puede estar ni está en la letra ni en el espíritu de la ley. Lejos de ello, ésta habla expresamente de *la nulidad que resulte de la inobservancia de los artículos* antes citados, y como estos artículos sólo tratan de la formación del consejo, claro es que á esta nulidad se refiere, y que podrá pedirse con independencia de la de los actos ó contratos autorizados por ese consejo, y cuya subsanación podrán acordar los tribunales, cuando haya sido objeto del pleito, sin perjuicio de reparar dicho error.

Debiendo deducirse la reclamación ante los tribunales, es indudable, que según la actual organización judicial, corresponde su conocimiento al juez de primera instancia, con apelación á la Audiencia del territorio y recurso de casación en su caso.

En cuanto al término para deducirla, si se trata solamente de excusas ó incapacidades, el vocal agraviado habrá de presentar su demanda en el término de quince días, señalado en los artículos 240 y 249, aplicables por lo que ordena el 298: no se fija término para los demás casos, y, por consiguiente, podrá reclamarse mientras el interesado no haya consentido la resolución. Y respecto del procedimiento, siempre que la impugnación se limite á la formación del consejo por la inobservancia de la ley en el nombramiento de uno ó más de los vocales, creemos que deberá sustanciarse en la forma determinada para los incidentes, conforme al art. 1873 de la ley de Enjuiciamiento civil, y á lo expuesto en las páginas 538 y 539 de este tomo; pero si la demanda versa sobre la nulidad de un acto ó contrato autorizado por el consejo de familia constituído ilegalmente, aunque se pida á la vez la reparación del error, entra en la regla general del art. 481 de dicha ley, y habrá de decidirse en juicio declarativo de mayor cuantía.

IV

Si el Ministerio fiscal tiene derecho á ser parte en el expediente para la formación del consejo de familia.

Así lo creyó y lo consignó el Fiscal del Tribunal Supremo, en su circular á los de las Audiencias, fecha 8 de Mayo de 1889. «Los fiscales municipales, dice, á quienes el art. 293 da intervención en ese acto, no cumplirían su cometido limitándose á pedir la constitución del consejo: deberán, además, velar cuidadosamente para que se cumpla lo dispuesto en los arts. 294 y 295, oponiéndose, si fuere preciso, á que formen parte del mismo personas distintas de las llamadas por la ley, y menos aún de las inhabilitadas para ello, al tenor de lo dispuesto en el 298.» En nuestro sentir, esta doctrina ha de entenderse limitada al caso del art. 293, en que el fiscal pida la constitución del consejo, que es precisamente al que se refiere.

Los que la combaten, negando al Ministerio fiscal toda inter-

vención en estos asuntos, razonan del modo siguiente: «El Ministerio fiscal no va sino á donde lo llama expresamente la ley: dejar ella de mencionarlo vale tanto como excluirlo: cuando la ley quiere que intervenga, lo dice, por ejemplo, en los artículos 215, 293, 322 y 1353. El consejo de familia decide soberanamente acerca de la capacidad ó incapacidad de los tutores y protutores, y acuerda renovarlos ó mantenerlos en el cargo sin que intervenga el fiscal (arts. 239-240): ¿á título de qué intervendría en la constitución del consejo y en las declaraciones de incapacidad de los vocales? Cuando el consejo haya de constituirse exclusivamente para el objeto enunciado en el art. 46 del Código, coincidirá de todo en todo con la junta de parientes de la ley de Enjuiciamiento civil, arts. 1923 y sigs.: pues bien, la ley de Enjuiciamiento civil no daba participación alguna al Ministerio fiscal en la composición de esa junta, á pesar de que allí habría estado más justificada, porque no se daba apelación contra las providencias del juez sobre admisiones, exclusiones, etc. El Código no puede estar más terminante: el fiscal *pide* la constitución del consejo (art. 293); el juez lo *forma* (artículos 300-301): la misión del primero termina en el instante en que el segundo principia á realizar la suya». No nos parece aceptable en absoluto esta doctrina; y como se han dado ya casos en la práctica, resueltos en uno y otro sentido, nos creemos en el deber de consignar nuestra opinión, para que nuestros lectores la aprecien y sigan la que estimen más acertada.

Cuando el Ministerio fiscal, en cumplimiento del deber que le impone el art. 293 para el caso á que se refiere, pida la constitución del consejo de familia, tiene derecho á ser parte en el expediente hasta su terminación, como lo tiene todo el que promueve actuaciones judiciales de cualquier clase, ya de la jurisdicción contenciosa, ya de la voluntaria. Esto es rudimentario, y lo reconoce el mismo Código en su art. 223 al estimar *como parte* en el juicio al Ministerio fiscal, cuando es él quien pide la declaración de prodigalidad por ser menores ó incapacitados los que debieran solicitarla. Por consiguiente, en dicho caso no ter-

mina la misión del fiscal en el instante en que el juez municipal principia á realizar la suya, sino que tiene derecho á seguir interviniendo como parte en el asunto, y está perfectamente en su lugar la prevención que el Fiscal del Tribunal Supremo hace á sus subordinados en la circular antes citada, para que no entiendan limitado su cometido á pedir la constitución del consejo, sino que deberán, además, velar cuidadosamente para que se cumpla lo dispuesto en el Código respecto á las personas que deben formarlo.

Fuera del caso del art. 293 y el del 302, el Código no da intervención al Ministerio fiscal en estos asuntos, y por tanto, no deben dársela de oficio los jueces municipales, los cuales se ajustarán á la ley procediendo á la formación del consejo de familia sin citación ni audiencia del fiscal. Pero siguiendo las tradiciones de nuestro derecho antiguo, tanto la ley Orgánica, como la de Enjuiciamiento civil y el mismo Código, encargan al Ministerio fiscal la representación y defensa de los menores é incapacitados, cuando no haya otra persona obligada á ampararlos; y puede suceder que deba constituirse el consejo para la tutela dativa de alguna de esas personas desvalidas, y que sabiendo ó presumiendo el fiscal municipal que se trata de formarlo con personas determinadas que podrán malversar el caudal de ese menor ó incapacitado, ó que no son las llamadas por la ley para desempeñar el cargo, á fin de evitar abusos, se muestre parte, pidiendo se le oiga ó dé intervención en el asunto en representación de esa persona desvalida. ¿Podrá decirse en tal caso que va el fiscal á donde no le llama la ley? No, porque la ley le impone ese deber. Luego el juez debe darle la intervención que solicita en representación del menor ó incapacitado que carece de ella, y no en otro caso, para la defensa de éstos y para velar por el cumplimiento de la ley en la formación del consejo. Esta es nuestra opinión.

V

Casos en que podrá reunirse la junta después de constituído el consejo de familia.

«La junta para *la formación* del consejo de familia, dice el artículo que comentamos, será presidida por el juez municipal»: las demás, destinadas á conocer de los negocios que son de la competencia del consejo (artículos 301 y 309), las preside uno de los vocales, designado á este efecto por los demás (art. 304, párrafo primero), no el juez, que ni siquiera asiste á ellas (art. 306). La misión de éste y la de la junta quedan terminadas con la formación del consejo. Pero ha de advertirse que en el concepto «formación del consejo de familia» no pueden menos de entrar los de reforma, alteración y reconstitución del mismo, y, por tanto, que puede darse la necesidad de que el juez municipal convoque y presida otras juntas, fuera de aquella primera, durante el curso de la tutela, puesto que es de exclusiva competencia la formación del consejo, y que esto ha de hacerse en la junta de que se trata. Tal sucederá siempre que por sentencia firme se mande reparar el error cometido en la formación del consejo, ó que por excusas ó incapacidades posteriores al nombramiento, por rehabilitaciones, fallecimiento ú otro motivo sea necesario proceder al reemplazo de alguno de los vocales.

En todos estos casos y en los demás análogos que puedan presentarse, el juez citará á junta, que será presidida por él, á todos los vocales del consejo y á las personas á quienes corresponda sustituir á los que deban ser reemplazados, y procederá en ella de idéntico modo á como hemos visto que debe proceder en aquella primera donde se formó el consejo. Este no puede en ningún caso alterar por sí su propia composición, y si se le diere cuenta de renuncias, excepciones ó incapacidades de vocales, ó de reclamaciones de los que aspiren á serlo, habrá de proceder en la forma indicada en el comentario al art. 298, según los casos, poniendo en conocimiento del juez municipal las

renuncias ó excusas, para que, si las estima procedentes, lleve á efecto su reemplazo cuando el consejo quede reducido á menos de cinco vocales, y si se trata de incapacidad, preparando y entablando la demanda de remoción, conforme á lo expuesto en la página 562 y siguientes de este tomo.

VI

Si puede reconstituirse el consejo de familia en otro juzgado cuando el tutor mude su residencia.

Al comentar el art. 293 dijimos que el juez competente para constituir el consejo de familia es el del lugar donde ha de radicar la tutela, ó, lo que es igual, el del domicilio ó residencia habitual del último fallecido, padre ó madre. Pero una vez constituído y ya en funciones, pueden suceder dos casos: 1.°, que la tutela quede vacante por exención, remoción ó fallecimiento del tutor, y la persona á quien corresponda sucederle en el cargo se halle avecindado en otro distrito; 2.°, que el tutor mude de domicilio, trasladándose á lugar distinto del en que había radicado hasta entonces la tutela. ¿Muda ésta también su domicilio siguiendo al del tutor, y hay que reconstituir en él el consejo de familia? O de otro modo: ¿sigue la tutela al tutor ó al consejo de familia? ¿A cuál de los dos ha de reputarse asociada?

En el primer caso, esto es, cuando la tutela queda vacante, creemos que ni siquiera hay cuestión: de los arts. 231, 235, párrafo 4.°, 240, 243 y 261 se desprende sin género alguno de duda que ha de continuar el mismo consejo de familia que venía funcionando al tiempo de la cesación del tutor: formado en el lugar donde la tutela radica, coincide su domicilio con el del menor; por tanto á él incumbe proveer la vacante; el juez competente seguirá siendo el mismo que antes. Los arts. 263-264 no dicen que el menor ó incapacitado ha de tener la misma residencia legal del tutor, como el 155 lo dice respecto de los hijos constituídos en patria potestad; y antes bien, el 245 parece

dar á entender que pueden tenerla diferente (1). En todo caso, siempre habría que distinguir entre estos dos conceptos: domicilio administrativo del sujeto á tutela (el del tutor, art. 64 de la ley de Enjuiciamiento civil y 40 del Código civil), para todas las relaciones jurídicas de aquél con los extraños ó terceros; y domicilio civil de la tutela, que continuará siendo el mismo de antes para todas las relaciones del tutor con el consejo referentes á ella. Todo sin perjuicio de que el tutor, el protutor y el consejo opinen unánimes que conviene á los intereses del menor ó incapacitado radicar la tutela en el lugar del domicilio del nuevo tutor, reconstituyendo ó no el consejo, según expondremos luego.

El segundo caso, en que el tutor, durante el ejercicio del cargo, traslada su vecindad á otro punto, no puede resolverse por una regla general. Si la ley reconociese al tutor la facultad de alterar á su arbitrio el domicilio de la tutela, se correría el riesgo de que alguna vez la ejercitara en daño del menor, utilizándola como un medio de sustraerse á la celosa inspección de un consejo y de un protutor adictos al huérfano ó incapacitado, y de promover la formación de otro consejo compuesto de indiferentes, obligados tal vez para con el tutor y afectos á sus intereses. Si, por el contrario, el domicilio de la tutela se declara invariable en absoluto, el conflicto apunta por otro lado: tal tutor, en quien su pupilo había encontrado quizá un segundo padre, se verá precisado, por vicisitudes de la vida ó exigencias de su profesión, á avecindarse en otro distrito ó provincia, y no pudiendo llevar consigo al pupilo, tendría que cesar en su guarda, quedando éste á merced de un consejo de personas, acaso extrañas, que habrían encontrado ventajoso reemplazo en la población donde el tutor va á establecerse, donde tal vez residen los más próximos parientes de aquél.

---

(1) Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Enero de 1868: «Para entenderse que un incapacitado muda su domicilio al punto donde se traslada accidentalmente, es indispensable que su curador ejemplar manifieste formalmente su voluntad ante la autoridad local del nuevo domicilio, sin que baste que dicho curador tuviese allí su residencia.»

Las legislaciones y jurisprudencias extranjeras brindan dos soluciones de muy diverso mérito: una, la italiana, relativamente flexible, donde se ha tenido en cuenta, para respetarla, la infinita variedad de la vida; otra, la francesa, que niega con su rigidez uniforme valor individual á los hechos.

El Código civil de Italia dispone que se forme el consejo de familia en el distrito donde resida el centro principal de los negocios del menor, y añade: «Sin embargo, *si el tutor estuviese domiciliado ó trasladase su domicilio á otro distrito*, podrá, por disposición del tribunal civil, constituirse en él el consejo de familia» (artículo 249).

El Código civil francés no decidió el caso, al menos de un modo directo, y los comentaristas han propuesto y los tribunales aceptado las más contradictorias soluciones. Unos, como Pastoret y Laurent, opinan que no existe propiamente domicilio de la tutela; que el consejo de familia se forma siempre en el domicilio del menor, y, por tanto, que todo tutor, sea testamentario, legítimo ó dativo, puede mudar el asiento del consejo, mudando su propia residencia. La tutela, dicen, se abre, en el domicilio del menor, va adherida á él, y tiene que seguir todas las mudanzas que él experimente: en general, el domicilio es esencialmente mudable; para que el de la tutela no lo fuese, habría que invocar un texto explícito en la ley, puesto que se trataría de una excepción á una regla general, y tal texto legal no existe: por otra parte, ha de ser bien fácil á los parientes del menor ó incapacitado burlar los fines dañosos del tutor, si lo tuviere, concurriendo al lugar de su nueva vecindad, cuando por el juez de ella sean invitados á formar parte del consejo.—Otros, como Mercadé, Toullier y Delvincourt, establecen una distinción: cuando la tutela es dativa, el tutor es un mandatario, especie de órgano ejecutivo del consejo de familia que lo nombra, casi un empleado suyo, y no puede, por tanto, hacerse independiente de él con sólo trasladar á otro distrito ó población su residencia: ese mismo consejo, que hizo el primer nombramiento de tutor, será el único competente para hacer los sucesivos y dirigir é

inspeccionar la tutela hasta su conclusión; pero cuando el tutor es testamentario ó legítimo, tiene una existencia anterior á la del consejo é independiente de ella; la voluntad de los padres ó del legislador ha vinculado la tutela en su persona, y pueden, por tanto, trasladar adonde quieran el domicilio de ella, mudar el lugar donde ha de reunirse el consejo de familia.—Otros, y son los más, Daniels, Bloechel, Valette, Taulier, De Fréminville, Demolombe, Dalloz, Zachariae, Aubry y Rau, etc., sostienen, al revés, la invariabilidad del domicilio de la tutela: ésta queda fija para siempre allí donde se constituyó al fallecimiento del padre ó de la madre, sin que influyan para nada los cambios que experimente el domicilio del tutor: conviene que el consejo de familia se forme, no precisamente donde reside el tutor, sino donde residan los parientes más próximos del menor: el tutor podrá trasladar su domicilio para huir de la inspección y vigilancia de los parientes, que son el natural y verdadero consejo de familia, y formar uno de personas extrañas é indiferentes, que tal vez sacrificarán los intereses del huérfano ó incapacitado: este peligro desaparece convocando el consejo constantemente en el primer domicilio del menor, que es su domicilio natural. Esta opinión ha concluído por causar estado en la jurisprudencia de Bélgica y de Francia.

Nuestro Código civil deja sin decidir esta cuestión y no nos saca de incertidumbres la ley de Enjuiciamiento civil, no obstante consagrar con respecto á los guardadores un doble criterio: «En las excusas de estos cargos (tutor y curador), después de haber empezado á ejercerlos, y en las demandas de remoción de los guardadores como sospechosos (1), será juez competente el del lugar en que se hubiere administrado la guardaduría en su parte principal, ó el del domicilio del menor» (art. 63, párrafo 19): y «el domicilio de los menores ó incapacitados sujetos á

(1) Por tanto, también en el nombramiento de sus sucesores. «El juez que nombra un curador, es el que debe conocer de la demanda de remoción y nuevo nombramiento para dicho cargo». (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Septiembre de 1864.)

tutela y curatela, será el de sus guardadores» (art. 64). Esto, como se ve, no nos resuelve la cuestión: en 1881, cuando dicha ley se publicó, «guardador» equivalía á tutor ó curador, y hoy, en ese concepto, entran además los de protutor y consejo de familia: por otra parte, administrar la guardaduría «no es administrar el caudal de los menores ó incapacitados» atributo exclusivo del tutor (art. 264 del Código): la administración de la tutela es función muy compleja, compartida por el tutor, el protutor y el consejo de familia, sin que pueda decirse con verdad que resida en uno de ellos más bien que en los demás. Queda, por consiguiente, el problema tan en pie como antes: el tutor que se traslade á otro distrito, ¿puede llevar consigo al menor, arraigar la tutela en su nuevo domicilio y hacer que el consejo de familia se reuna allí, y no donde antes se reunía?

Meditada la cuestión, opinamos que no puede. El presidente del consejo en ejercicio se negaría á citar á junta para otra localidad que no fuese la propia donde venía radicando la tutela: el juez municipal del nuevo domicilio del tutor no accedería á formar segundo consejo mientras no se le acreditara que el primeramente formado se había disuelto legalmente, y si accedía, los miembros de éste podrían impugnar de nulidad los actos de aquél, suscitándose con tal motivo una cuestión de competencia. Además, el derecho del protutor, sobre todo siendo testamentario, no es inferior al del tutor, máxime siendo éste legítimo ó dativo; y mudar éste por propia autoridad el domicilio de la tutela, valdría tanto como exonerar á aquél, en la mayor parte de los casos, contra lo que fué designio del testador ó de la ley. Si el tutor necesita autorización del consejo de familia para dar al menor una carrera ú oficio determinado y recluir al incapaz en un establecimiento de salud (art. 269), y por tanto, para que uno y otro se trasladen accidental ó temporalmente á una localidad distinta de la en que radica la tutela (1), con más razón ha-

(1) El Código civil italiano dispone, que «el consejo de familia, cuando la tutela no se ejerza por el abuelo paterno ó materno, podrá acordar sobre el lugar donde deba residir el menor y acerca de la educación que convenga

brá de necesitarla para trasladar la residencia del propio menor ó incapacitado con carácter permanente y definitivo. El jurisconsulto Dalloz se inclina á un temperamento que viene á coincidir en el fondo con la doctrina del art. 249 del Código italiano: «Todavía aceptaríamos (dice) como una transacción, el que en caso de conflicto entre el domicilio legal y el natural y el primitivo de los menores, se escogiese el más conveniente á éstos, pero á condición de que esa mayor conveniencia resultase bien acreditada en juicio contradictorio, con audiencia del Ministerio público».

En el silencio de nuestro Código, mientras la ley procesal no lo supla ó no se decrete algún reglamento que prevenga el caso, he aquí la conducta que aconsejamos y á que tal vez prestará su autoridad la jurisprudencia de los Tribunales, pues la creemos conforme al espíritu de la ley y á lo que la recta razón aconseja.

Si el tutor, al mudar de residencia abandonara sencillamente la tutela, ya vimos que ésta se consideraría como vacante y se procedería á nombrar nuevo tutor, por iniciativa del protutor (artículo 236, párrafo 4.º), del juez ó fiscal municipal (arts. 232, 293), ó del consejo de familia (arts. 231, 301), sin perjuicio de exigir á aquél las responsabilidades en que hubiese incurrido con arreglo al Código (arts 252 y siguientes, sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Marzo de 1858, etc.)—Pero procediendo por términos regulares, el tutor que trate de trasladar á otro lugar su residencia, deberá comunicarlo al presidente del consejo, exponiendo las razones ó motivos que para ello tenga, las ventajas para su pupilo, ó que no se le causa perjuicio. El presidente reunirá el consejo, al que deberán asistir, además de los vocales, el tutor, el protutor, y si fuese posible, el sujeto á tutela, citándolos al efecto conforme al art. 308, y se deliberará sobre lo que más convenga al huérfano ó incapacitado, adoptán-

---

darle, consultando ó explorando la voluntad de aquél, cuando haya cumplido diez años» (art. 278).

dose en consecuencia uno de estos tres acuerdos: 1.º, que siga desempeñando la tutela el mismo tutor, bajo la vigilancia del mismo protutor y del mismo consejo, no obstante residir en distintas localidades; tal sucederá, por ejemplo, cuando el lugar del nuevo domicilio del tutor se halle á corta distancia del en que radicaba y ha de seguir radicando la tutela; 2.º, que sea relevado el tutor, y continúen el mismo protutor y el mismo consejo de familia, por ejemplo, cuando éste se componga de vocales testamentarios ó legítimos, sea dativo el tutor y el centro de los negocios del sujeto á tutela se halle en el lugar de su residencia actual; 3.º, que continúe el mismo tutor y se disuelva el consejo de familia para reconstituirse en el lugar del nuevo domicilio de aquél: tal, por ejemplo, si el tutor es testamentario y muy adicto á los intereses del menor, el consejo de familia está compuesto de vocales dativos y en el lugar á donde aquél se traslada habitan los parientes ó los amigos más íntimos de los padres del sujeto á tutela ó posee éste sus bienes, etc.

Según los hechos y circunstancias, así se adoptará alguno de estos acuerdos, ó el que el consejo estime más conveniente. Si hubiere conformidad, se llevará á efecto lo acordado, poniéndolo, en el tercer caso, en conocimiento del juez municipal para que conste en el expediente de formación del consejo, y lo participe al de primera instancia para que conste también en el registro de la tutela á los efectos de los arts. 291 y 292, y dando al tutor certificación del acta para que inste ante el juez municipal de su nuevo domicilio la formación del consejo de familia. Y si, por el contrario, alguno de los concurrentes ú otro pariente ó interesado no se halla conforme con lo acordado, podrá alzarse ante el juez de primera instancia, lo mismo que si se tratara de cualquier otra decisión del consejo de familia, al tenor del art. 310.

Ya se habrá comprendido que todo esto tiene valor meramente supletorio, debiendo estarse en todo caso á lo que resulte del testamento del padre, ó, en su caso, del de la madre. Si éstos han sido previsores, no se habrán limitado á designar tutor,

protutor y vocales para el consejo: habrán ordenado también lo concerniente al domicilio de la tutela, disponiendo á quién debe seguir el menor y en quién debe suponerse aquélla radicada, en el caso de que alguno de ellos mude su residencia. Los notarios y los autores de formularios notariales podrían contribuir mucho á que se generalizasen estas previsiones y cautelas, evitando rozamientos, disensiones, pleitos y dispendios cuantiosos á las familias.

ARTÍCULO 301

Formado el consejo de familia por el juez municipal, procederá aquél á dictar todas las medidas necesarias para atender á la persona y bienes del menor ó incapacitado y constituir la tutela.

Desde que el juez municipal declara formado el consejo hasta que el consejo deja constituída la tutela, pasarán días, quizá meses: el tutor puede alegar excusas que el consejo no aprecie, entablándose un juicio, que consumirá no poco tiempo (art. 249); puede el consejo declarar inhábil al tutor testamentario ó dativo y alzarse éste contra tal declaración ante los Tribunales (artículo 240); aun reconocido por el consejo, no puede el tutor entrar en el ejercicio del cargo hasta que haya prestado fianza, cuando no está exento de ella (arts. 252, 238, párrafo 2.º), y, por tanto, hasta que se resuelva el recurso que entablare contra el acuerdo del consejo, haciendo la calificación de aquélla ó señalando su cuantía (art. 255); aun prestada la fianza, no se le pone en posesión del cargo sin que se haya nombrado antes protutor (artículo 234), y se haya hecho la debida inscripción en el Registro de tutelas (art. 205). Aunque se ordena lo que ha de hacerse en todos estos casos para que no queden sin amparo la persona y bienes del menor ó incapacitado, el hecho ineludible es que sigue en interinidad la tutela, por la imposibilidad de constituirla definitivamente mientras no se llenen los requisitos y se venzan las dificultades indicadas. En el primero de los dos períodos

constituyentes de la tutela (desde que se realiza el hecho que da lugar á ella, hasta que queda formado el consejo de familia), vimos que ejerce interinamente las funciones propias del tutor, por punto general, el juez del domicilio del menor ó incapacitado: ¿á quien incumbirá su ejercicio en este segundo período?

A esta pregunta pudiera decirse que da el Código dos respuestas contradictorias: 1.ª, los jueces municipales del lugar en que residan las personas sujetas á tutela, *proveerán al cuidado de éstas* y de sus bienes muebles *hasta el nombramiento de tutor* (artículo 203); 2.ª, si por causa de incapacidad no entrare el tutor en el ejercicio de su cargo, *el consejo de familia proveerá á los cuidados de la tutela* ... (art. 243): formado el consejo de familia por el juez municipal, procederá aquél á dictar todas las medidas necesarias *para atender á la persona y bienes* del menor ó incapacitado (art. 301). ¿Será que en este período deban obrar conjuntamente, formando un solo cuerpo, el consejo de familia y el juez? No: ha de obrar el juez municipal sin el consejo ó el consejo sin el juez, pero uno de ellos, no los dos á un tiempo, que pudieran dictar medidas contradictorias sobre un mismo detalle de la guardaduría. Las que el juez adopte, en cumplimiento del art. 203, con respecto al cuidado de las personas sujetas á tutela y al de los bienes muebles de éstas, no pueden alcanzar á otro período que al tiempo estrictamente necesario para formar el consejo de familia, y aun esto solamente en los casos en que no hubiese otras personas encargadas de la obligación de cuidar al incapaz y á sus bienes. Cabalmente, una de las personas ó entidades á quienes se confiere ese encargo ó se impone esa obligación, es el consejo de familia, según los arts. 243 y 301; por consiguiente, en el instante en que quede éste constituído, cesa el juez en el cuidado de la persona sujeta á tutela y de sus bienes. La condición con que termina dicho art. 203, «cuando por la ley no hubiese otras (personas) encargadas de esta obligación», resuelve la aparente antítesis. El Código declara responsable al juez dos veces: 1.º, por los daños y perjuicios á que diere lugar su negligencia si descuidare la reunión (*léase* la for-

mación ó constitución, arts. 293 y 300) del consejo de familia (art. 232): 2.º, por los daños que sobrevengan á los menores si no proveyeren á su cuidado con la debida diligencia (art. 203): pues bien, entrambas responsabilidades se explican la una por la otra. Si alguna duda hubiese, se disiparía á la vista de la primitiva redacción del artículo «el alcalde del domicilio del huérfano proveerá al cuidado de su persona y bienes *hasta que acuerde lo conveniente el consejo de familia* en su primera reunión» (Proyecto de 1851, art. 174). Idéntica doctrina sobreentiende el Código portugués: «el curador de los huérfanos requerirá al juez respectivo para que provea interinamente lo que estime de mayor urgencia en cuanto á las personas y á los bienes de los menores, *si no fuese posible convocar en el instante, con tal objeto, al consejo de familia*» (art. 190).

El artículo que comentamos dispone que el consejo *dicte* las medidas necesarias para atender á la persona y bienes del menor ó incapacitado: ¿quién ha de ejecutarlas una vez acordadas? El Código resuelve esta cuestión conforme á las circunstancias de cada caso: 1.º, mientras se constituye la fianza del tutor, el *protutor* ejecutará los actos administrativos que el consejo de familia crea indispensables para la conservación de los bienes y percepción de sus productos (art 256); 2,º, durante el juicio de excusa del tutor, si el que la proponga no quiere ejercer su cargo, el consejo de familia nombrará *persona* que le sustituya interinamente (art. 250); 3.º, en el caso de incapacidad del tutor, el consejo proveerá á los cuidados de la tutela mientras se resuelve sobre el impedimento, no pudiendo ejecutar sus acuerdos sin la aprobación judicial cuando el tutor hubiere ya entrado en el ejercicio del cargo (art. 243); y 4.º, corresponde al *presidente* del consejo ejecutar los acuerdos de éste (art. 304). ¿Será discrecional en el consejo encomendar la administración á su presidente, al protutor ó á otra persona? Creemos que no; más aún: creemos que el presidente no puede ejecutar en ningún caso actos de administración activa: sería juntamente vocal del consejo y tutor, siquiera interino, y el art. 299 no lo autoriza. El con-

sejo de familia es una asamblea esencial y exclusivamente deliberante; su función es consultiva é inspectiva; los acuerdos que adopte con ese carácter los ejecutará el presidente; pero no podrá acordar en ningún caso que el presidente administre, como no podría acordar el aplazamiento indefinido de la elección de tutor, y que el presidente ú otro vocal hiciera sus veces.

Opinamos, en conclusión: 1.º, que durante las interinidades de la tutela debe administrar ésta el protutor, si lo hubiere, mas no con carácter de tutor, no con las facultades é iniciativas propias de este cargo, sino bajo la *dirección inmediata* del consejo, y como órgano ejecutor de los acuerdos de éste (artículos 243 y 301, combinados con el 256); 2.º, que si no hubiese protutor, por hallarse pendiente su nombramiento de un juicio de excusas, de incapacidad, etc., debe designar el consejo fuera de su seno á un individuo que, asimismo bajo su dirección, ejecute los actos que estime necesarios para atender á la persona y bienes del menor ó incapacitado; 3.º, que si la interinidad fuese producida por culpa del nombrado tutor (excusas no estimadas en última instancia, abandono de la tutela, etc.), puede nombrar el consejo una persona que ejerza la tutela con carácter de tutor, aunque interinamente y bajo la responsabilidad de aquél, en el caso de excusa, si ésta fuese desechada.

Previene, por último, el artículo que estamos comentando, que el consejo de familia, así que quede formado, proceda á *constituir la tutela*. La constitución de la tutela implica los siguientes actos: 1.º, designación ó elección de tutor por el consejo de familia, en el caso de que no lo haya testamentario (art. 231), y aceptación del cargo, voluntaria ó forzosa (juicio de excusa, etc.), por el designado ó elegido; 2.º, nombramiento de protutor por el propio consejo, cuando no lo hubieren designado los que tienen derecho á elegir tutor para los menores (art. 233); 3.º, prestación de fianza por el tutor electo ó confirmado, si no es de los exentos de esta obligación, y su inscripción en el registro de la propiedad, caso de ser aquélla hipotecaria (artículos 252, 255, 257, 238, párrafo segundo); 4.º, inscripción del

nombramiento en el registro de tutelas (art. 205); y 5.º, que el consejo de familia ponga en posesión del cargo al tutor y al protutor (art. 261). Corresponde, pues, al consejo dictar las medidas necesarias para que sin dilación se realicen todos esos actos, como indispensables para constituir la tutela, sujetándose á lo dispuesto en los artículos citados y en los demás que con ellos se relacionan; y ha de hacerlo sin que intervenga para nada el juez municipal, cuya misión y competencia termina desde el momento en que deja formado el consejo, y su ingerencia en estos asuntos sería abusiva y contraria á la letra y al espíritu del Código.

En el comentario al art. 261, hemos indicado ya el procedimiento que para ello habrá de seguirse, y nos remitimos á lo allí expuesto para evitar repeticiones (véase la pág. 333 de este tomo).

Antes de emitir el Consejo el informe á que se refiere el artículo 216, pueden asesorarse del dictamen de varios médicos, cuyos honorarios son á cargo de la persona cuyos intereses defienden, sin perjuicio de la responsabilidad de los vocales caso de culpa ó negligencia. (Sentencia de 20 de Enero de 1904.)

ARTÍCULO 302

El consejo de familia para los hijos naturales se constituirá bajo las mismas reglas que el de los hijos legítimos, pero nombrando vocales á los parientes del padre ó madre que hubiese reconocido aquéllos.

El de los demás hijos ilegítimos se formará con el Fiscal municipal, que será presidente, y cuatro vecinos honrados.

I

Consejo de familia para los hijos naturales reconocidos.

El Código civil francés no tomó en cuenta los hijos naturales al reglamentar la institución de la tutela, y ni los comentaristas ni la jurisprudencia han logrado ponerse de acuerdo acerca del

modo como debe suplirse el silencio del legislador. Ducanrroy opina que no teniendo el hijo natural ninguna clase de parientes, no pueden aplicársele las reglas del código, concernientes á la constitución del consejo de familia, y en conclusión que no debe formarse éste por el juez de paz, sino por el tribunal civil. Demolombe, al revés, que debe constituirlo el juez con amigos del padre, de la madre ó del menor mismo, y á falta de ellos, con personas de respetabilidad y de sentimientos caritativos de la localidad ó de fuera de ella, cuyo dictamen siguen en el fondo Merlin, Toullier, De Freminville, Zachariæ y otros, invocando la analogía del art. 409 del Código; y Laurent, que no existiendo texto legal apropiado al caso, la tutela del hijo natural ha de deferirse á un tutor *ad hoc* nombrado por el tribunal, sin que en su gestión deba intervenir consejo de familia. Como era natural, los Códigos que copiaron al francés incurrieron en igual omisión; únicamente el de Holanda dispuso que «la tutela de los hijos naturales—en defecto de padre y madre—fuese deferida por el juez del cantón sin necesidad de previo dictamen» de los parientes como cuando los hijos son legítimos (art. 240; cf. 413 415).

El Código civil de Cerdeña (1837) dió un primer paso adelante disponiendo que cuando haya que proveer de tutor á un hijo natural cuya filiación está reconocida ó declarada, «el juez del distrito constituirá un consejo de tutela compuesto de cuatro personas que hayan mantenido relaciones habituales de amistad con el padre y la madre, ó con aquél de ellos que reconoció al menor, ó por relación al cual fué declarada la filiación de éste» (artículo 276). Esta disposición hubo de inspirar, aunque Goyena no lo dice, los arts. 267 y 268 del proyecto del Código civil español de 1851, que someten la constitución y el ejercicio de la tutela de los hijos naturales á las mismas reglas que la de los legítimos, sin otra diferencia que la de denominarse el consejo de familia «consejo de tutela», y componerse éste de vocales dativos; «el alcalde del domicilio del menor y cuatro vecinos que el mismo nombrará entre los amigos, sean ó no parientes del pa-

dre ó madre que haya reconocido al hijo». Dieciséis años más tarde ponía en vigor este proyecto de artículo el Código portugués: «El consejo de familia será sustituído por un consejo especial, compuesto de cinco vecinos, que el juez de los huérfanos nombrará de entre los amigos ó parientes del padre ó de la madre que hubiere reconocido al hijo menor» (art. 276). Casi al mismo tiempo el Código civil de Italia reproducía esa institución, tomándola del de Cerdeña: «En interés de las personas nacidas fuera de matrimonio, se constituye un consejo de tutela... Si estuviese reconocida ó declarada legalmente la filiación, el consejo se compondrá del pretor y de cuatro personas designadas por él entre los que hubiesen tenido relaciones habituales de amistad con el padre» (art. 261).

Escribía García Goyena en sus comentarios que «hablando con propiedad legal, los hijos naturales no pertenecen á la familia del padre ó madre que los reconoce», y repetía Dias Ferreira que «los hijos ilegítimos no son miembros de la familia del padre ó de la madre que los reconoce», fundando en esto el que la ley no dé á tales hijos un consejo de familia, sino un consejo especial ó de tutela. Con mejor acuerdo, á nuestro juicio, ha equiparado nuestro Código á los hijos naturales con los legítimos para los efectos de la tutela. El padre ó la madre que los hubiere reconocido (art. 154) puede nombrar para ellos tutor y protutor (art. 206), y lógicamente, con el mismo derecho, designar las personas que han de componer el consejo de familia ó excluir las llamadas por la ley (arts. 294 y 298, en relación con el 302). Ya no se llama consejo de tutela, sino «consejo de familia», y ha de constituirse bajo las mismas reglas que el de los hijos legítimos. En defecto de vocales testamentarios, el consejo se compondrá de los ascendientes, descendientes, hermanos y maridos de las hermanas vivas del menor ó incapacitado, por parte del padre ó madre que lo reconoció, cualquiera que sea su número, y sean legítimos ó naturales: si no llegan á cinco, se completará este número con los parientes varones más próximos de la línea del padre ó madre que los reconoció, y de ambas si

el reconocimiento fué de los dos; y cuando no los hubiese, ó no estuviesen obligados á formar parte del consejo, el juez municipal nombrará en su lugar personas honradas, prefiriendo á los amigos del padre ó madre que reconoció al sujeto á tutela. Parece que debería excluirse del número de los vocales llamados por ministerio de la ley «á los hijos (por tanto, á los maridos de las hijas) y parientes legítimos del padre ó madre que haya reconocido al hijo natural» de cuya sucesión se trate, en razón á no admitir la ley derechos sucesorios entre ellos (art. 943), ni obligación recíproca de alimentarse (art. 143); pero el texto terminante del artículo—«el consejo de familia para los hijos naturales se constituirá *bajo las mismas reglas* que el de los legítimos» —y la prevención expresa de que ha de nombrarse vocales «á los *parientes (in genere*, sin excluir los legítimos) del padre ó madre» que hubiese hecho el reconocimiento, no autorizan aquella limitación.

Hemos dicho que únicamente tiene facultad para designar vocales testamentarios el padre ó madre que hubiese reconocido al hijo de cuya tutela se trate. Expresamente no lo declara el artículo, pero se deduce: 1.º, del art. 154, que sólo atribuye patria potestad sobre los hijos naturales reconocidos al padre ó madre que los reconoció; 2.º, de la analcgía con lo establecido respecto de los vocales por ministerio de la ley, que solamente lo son, según el art. 302 que estamos comentado, los parientes del padre ó madre que hubiere reconocido al hijo natural de cuya tutela se trate.

II

Consejo de familia para los demás hijos ilegítimos.

Dice el artículo en su párrafo 2.º que «el consejo de familia para los demás hijos ilegítimos se formará con el fiscal municipal, que será presidente, y cuatro vecinos honrados»: ¿cuáles son los hijos ilegítimos á quienes alcanza este precepto? «Aquellos á quienes, según el art. 139, el padre está obligado á ali-

mentar» (art. 206), ó de otro modo, «aquellos en quienes no concurra la condición legal de naturales» (art. 139); por consiguiente: 1.º, aquellos que, siendo naturales, según el concepto general de la ley (art. 119), no han sido reconocidos por el padre, ni por la madre voluntariamente (arts. 129-133), ni por ejecutoria de los Tribunales (arts. 135-137); 2.º, los hijos adulterinos, los incestuosos y los sacrílegos.

A juicio nuestro, esta segunda parte del artículo que estamos comentando adolece de expresión, deficiente en un doble sentido, en cuanto no hace mención del consejo testamentario para admitirlo ni para rechazarlo, y en cuanto no previene quién ha de nombrar los cuatro vecinos honrados, si el mismo fiscal municipal ó el juez.

Se comprende que no admita la ley, respecto de esta categoría de hijos ilegítimos, la posibilidad de un consejo de familia compuesto de parientes, según el orden marcado en el art. 294, puesto que tenía rechazada ya, respecto de ellos, la tutela de los parientes por el art. 211; pero no se comprendería de igual modo que negara á los padres derecho y facultad para designar por testamento las personas que deben componer el consejo de familia de sus hijos ilegítimos, habiéndoles autorizado por el artículo 206 para nombrar tutor y protutor. Quien puede lo más, puede lo menos; y es esto tan obvio, que no vacilamos en interpretar el artículo, y creemos que lo interpretarán los Tribunales en la siguiente forma: «el consejo de familia de los demás hijos ilegítimos se formará con el fiscal municipal y cuatro vecinos honrados *cuando los padres de aquéllos no hubiesen designado vocales en su testamento*». O de otro modo: la única diferencia sustancial entre el consejo de familia para los hijos naturales reconocidos y el consejo para los demás hijos ilegítimos, está únicamente en que el primero se compone de vocales testamentarios, legítimos ó dativos, y el segundo de vocales testamentarios ó dativos tan sólo. El Proyecto de Código civil de 1851 no establecía distinción en este punto entre ilegítimos de una clase é ilegítimos de otra: los incluía á todos bajo la denominación de

«naturales», y les aplicaba una regla común (arts. 267 270). De este patrón se aparta el Código portugués, en cuanto autoriza al padre ó la madre del hijo ilegítimo para nombrarle tutor en los casos en que están obligados á darles alimentos (art. 279), pero les priva de la protección de toda clase de consejo, así testamentario como dativo (art. 282). El sistema de nuestro Código lleva infinita ventaja á éste, aun sin la interpretación lata que hemos dado al art. 202.

Ahora ¿quién ha de designar los cuatro vecinos honrados? Por regla general, en todos los Códigos que tienen admitido el consejo de familia, la misma autoridad que ha de presidirlo es quien hace el nombramiento de los vocales: el art. 268 del Proyecto de 1851, que es el correlativo del que comentamos, dice que el consejo de tutela «se compondrá del *alcalde* del domicilio del menor y de cuatro vecinos que *el mismo* nombrará entre los amigos, etc.», de los padres (1). Ocupando el fiscal municipal en nuestro Código el lugar que el Proyecto de 1851 asignaba al alcalde, podría pretenderse por alguien que á él, y no al juez municipal, incumbe dicho nombramiento de vocales. Pero el artículo 294 tiene carácter general; no exceptúa á ninguna clase de menores é incapacitados: por tanto, el fiscal podrá pedir, pero es el juez quien habrá de ordenar la formación del consejo de familia: una vez formado éste por él (art. 300), entrará el fiscal municipal en posesión del cargo de presidente para los efectos del art. 301, del 304 y demás que le siguen.

El Código parte del supuesto de que los hijos ilegítimos, no reconocidos por sus padres, carecen legalmente de familia, y por esto no llama á los parientes á ser vocales del consejo; pero podrá suceder, y no son raros los casos, que ese hijo ilegítimo tenga realmente abuelos, hermanos y tíos de parte de su madre, y aun también de parte de padre, que lo consideren y traten como de la familia y cual corresponde á ese parentesco: ¿ten-

(1) Véase asimismo el art. 261 del Código civil italiano: «El consejo de tutela se compondrá del pretor y de cuatro personas designadas por el mismo, etc.»

drán estos parientes derecho á ser vocales del consejo? Derecho no, porque no se los da ni reconoce la ley en ese concepto; pero en el de *vecinos honrados*, si tienen esta cualidad, debe el juez darles la preferencia: de otro modo no llenaría su misión, ni el objeto de la ley.

ARTÍCULO 303

La Administración de cada Establecimiento de Beneficencia tendrá sobre los huérfanos menores acogidos todas las facultades que corresponden á los tutores y al consejo de familia.

Nuestro Código parece distinguir entre «jefe» (arts. 46 y 212) y «administración» (art. 303) de los establecimientos de beneficencia, como si administración fuese el todo, puesto que le encomienda las funciones de tutor y de consejo de familia, y jefe uno de sus miembros, pues únicamente lo declara tutor. Teniendo en cuenta los precedentes de nuestro derecho administrativo y el Código civil, objeto de este comentario, pueden atribuirse aquí al concepto *administración* dos sentidos diferentes: 1.º, la junta de beneficencia y el director del establecimiento á que pertenezca el menor; 2.º, el director ó jefe del establecimiento por sí sólo ó asociado con el secretario y el administrador, donde los hubiere, sin la junta de beneficencia.

Son establecimientos de beneficencia por su naturaleza, las casas de maternidad y de expósitos, y las de huérfanos y desamparados (1). Las juntas provinciales de beneficencia (2), tienen á su cargo los establecimientos provinciales de beneficencia (3). Basta leer el art. 42 del Reglamento de 14 de Mayo de 1852 para persuadirse de que las más de las facultades atribuí-

(1) Ley de 20 de Junio de 1849, art. 3.º; Reglamento de 14 de Mayo de 1852, art. 3.º

(2) Ley citada de 1849, art. 7.º; Instrucción de 27 de Abril de 1875, artículos 14 y 15.

(3) Reglamento citado de 14 de Mayo de 1852, art. 38.

das á tales juntas tienen carácter administrativo, y lo confirma el decreto de 17 de Diciembre de 1868, que al suprimir dichas juntas (posteriormente restablecidas), disponía que «todas las funciones directivas y *administrativas*» que ellas desempeñaban, quedasen refundidas en las que competían á las Diputaciones provinciales (art. 2.º). El Reglamento de 12 de Mayo de 1885, atribuye á la junta de patronos «la dirección y *administración* del manicomio de Leganés» (art. 5.º), añadiendo en el art. 7.º que el administrador depositario es el jefe del establecimiento, como delegado de la Administración central y de dicha junta. Disposiciones análogas contiene el Reglamento de 27 de Enero del mismo año para los hospitales de incurables. Además de estas juntas, hay funcionarios encargados especialmente de la administración que diríamos activa. «Todos los establecimientos de beneficencia, salvo los casos en que, por su poca importancia acuerden otra cosa los Gobernadores ó el Gobierno á propuesta de las juntas respectivas, tendrán un director y un secretario contador con sueldo fijo, y un administrador, etcétera (1).

Veamos ahora lo que nos dicen la ley civil y su precedente inmediato en los reglamentos administrativos. «La *administración* de cada establecimiento de beneficencia tendrá sobre los huérfanos menores acogidos todas las facultades que corresponden á los tutores y al consejo de familia» (2): la tutela y curaduría de los individuos de ambos sexos que se crían en los establecimientos provinciales de expósitos, aun de aquéllos cuya crianza y educación fuese costeada por personas particulares, corresponde á la *junta provincial de beneficencia* con arreglo á las leyes (3); «los *jefes* de las casas de expósitos son los tutores de los recogidos y educados en ellas» (4). Admitiendo que, en el

---

(1) Reglamento citado de 1852, art. 58; Instrucción de 27 de Enero de 1885, art. 28, etc.

(2) Código civil, art. 303.

(3) Reglamento citado de 1852, art. 16; art. 63 de la ley de 6 de Febrero de 1822.

(4) Código civil, art. 212.

pensamiento de la ley, lo dispuesto para los «expósitos recogidos» es aplicable á los «huérfanos menores acogidos» en establecimientos de beneficencia y viceversa (1), resultará el siguiente cuadro de distribución de las funciones de la tutela: 1.º, las juntas de beneficencia constituyen el consejo de familia, ó si se quiere de tutela, de los niños expósitos ó abandonados, y de los huérfanos de padre y madre menores de edad, que estuvieren acogidos en los establecimientos de beneficencia; 2.º, el director ó jefe de cada uno de estos establecimientos es tutor por ministerio de la ley de dichos menores, y ejercerá su cargo bajo la vigilancia de la respectiva junta de beneficencia, la cual hará las veces de consejo de familia.

Esto habrá de entenderse sin perjuicio de lo que se halle establecido en las leyes y reglamentos especiales por que se rija el establecimiento benéfico en que esté acogido el huérfano ó expósito. Lo que se deduce del presente artículo es, que la tutela de los menores á que se refiere no ha de estar sujeta á la legislación común, sino que cuidará de ella la Administración pública; y como ésta se halla representada por varios funcionarios, ejercerá las funciones de tutor el que sea jefe del establecimiento, y las del consejo de familia la junta encargada de la dirección y administración del mismo, llámese junta de beneficencia, de patronos, ó con otra denominación.

El Código de Cerdeña ordenó esta materia de un modo análogo al establecido en el nuestro, pero determinando con más claridad los casos y las funciones. «Los menores acogidos en los hospitales (dice), por cualquier título y bajo cualquier denominación que sea, y cuyos parientes ó afines son desconocidos ó inhábiles para ser tutores, están sometidos á la tutela de *los administradores*, de tales establecimientos: éstos, cuando las circunstancias lo exijan, designarán á uno de entre ellos para que

(1) Así tememos que ha de ser, pues en otro caso, la tutela de los expósitos quedaria en incierto, no expresándose en el art 212 ni en ningún otro á quién corresponde ejercer con respecto á ellos las funciones propias del consejo de familia.

ejerza las funciones de tutor; los demás miembros de la administración formarán *el consejo de tutela*, sin que sea necesario que el juez asista á sus juntas» (art. 277). Esta regla se halla hoy vigente en Italia por el art. 262 de su Código que dice así: «Los niños admitidos en los hospicios, cualquiera que sea el título y denominación de su admisión, si no tuvieren parientes conocidos y capaces para desempeñar el cargo de tutor, serán confiados á la *administración* del establecimiento donde se encuentre: ésta les servirá de *consejo de tutela*, sin que intervenga el pretor, y cuando las circunstancias lo exijan, podrá habilitar como *tutor*, á uno de los administradores» (1).

Ya hemos visto que el presente artículo se refiere solamente á los «huérfanos *menores* acogidos» en los establecimientos de beneficencia; asimismo de la tutela de los expósitos trata el Código en la sección relativa á «la tutela de los menores», art. 212. Pero, ¿y los mayores de edad incapacitados, tales como locos y sordomudos? Cuando una persona mayor de edad es declarada incapaz por ejecutoria de los Tribunales, se le nombra tutor, protutor y consejo de familia (artículos 213-220 y otros del Código); si luego, por acuerdo del propio consejo (art. 2?9, párrafo 3.º), ingresa, supongamos, en el manicomio de Santa Isabel, de Leganés, ora en clase de pensionista, ó á título gratuito como pobre, la tutela sigue constituída lo mismo que antes: el administrador del establecimiente inscribe en un registro el nombre y demás circunstancias del enajenado, el del tutor (protutor y vocales del consejo de familia), causas que motivaron la reclusión y persona que la solicitó (Reglamento de 12 de Mayo de 1885, art. 71); mientras ella dure tienen facultad para visitar al enfermo, además de su consorte y de sus padres y hermanos, el tutor (art. 95), y, naturalmente, el protutor y los vocales del consejo, á fin de que puedan enterarse de su situación

(1) El Código civil de Holanda dispone que «los niños admitidos en los hospicios estarán bajo la tutela de las *Comisiones administrativas* de dichos establecimientos mientras continúen en ellos Los tutores estarán relevados de fianza» (art. 421).

en cada momento, y reunirse para volver sobre su acuerdo ó adoptar otras disposiciones, en cumplimiento de lo preceptuado en los artículos 264, 268, 269 y otros del Código.

Pero supongamos que el enajenado es un expósito ó un huérfano acogido en un establecimiento de beneficencia, ó tan pobre y desvalido que carece de padres y de tutor, y ha sido recogido en el establecimiento por disposición de la Autoridad. ¿A quién corresponderá la tutela de ese incapacitado? Tenemos por indudable que habrá de aplicarse por analogía lo que dispone el artículo 303; la administración del establecimiento público tendrá las facultades que corresponden al tutor y al consejo de familia, conforme á lo expuesto en este comentario.

SECCIÓN SEGUNDA

DE LA MANERA DE PROCEDER DEL CONSEJO DE FAMILIA

ARTÍCULO 304

Será presidente del consejo el vocal que eligieren los demás:

Corresponde al presidente:

1.° Reunir el consejo cuando le pareciere conveniente ó lo pidieren los vocales ó el tutor ó el protutor, y presidir sus deliberaciones.

2.° Redactar y fundar sus acuerdos, haciendo constar la opinión de cada uno de los vocales y que éstos autoricen el acta con su firma.

3.° Ejecutar los acuerdos.

I

Elección de presidente del consejo de familia.

Está fuera de discusión la conveniencia, y aun también la necesidad de que en el consejo de familia, como en toda corporación, haya una persona que ejerza las funciones de presidente. ¿Quién podrá serlo? ¿Qué cualidades deberá reunir? ¿Por quién

será nombrado? El párrafo primero del presente artículo contesta con claridad y precisión á estas preguntas. «Será presidente del consejo el vocal que eligieren los demás.» Por consiguiente, cada uno de los vocales del consejo, por el solo hecho de ser nombrado para este cargo, tiene capacidad legal para ser presidente del mismo, y lo será el que de entre ellos elijan los demás vocales, por mayoría absoluta de votos. Es de sentido común que se pongan de acuerdo para conferir ese cargo al vocal que consideren más á propósito para desempeñar por sí mismo las funciones que este artículo le atribuye; y decimos *por sí mismo*, porque la ley no autoriza para nombrar secretario del consejo, y las encomienda al mismo presidente: sin embargo, bien podrá éste valerse de una persona extraña para extender las actas y para los demás trabajos materiales, aunque siempre bajo su firma y responsabilidad, y sin que tal auxiliar pueda tener voz ni voto en el consejo.

¿Cuándo y cómo ha de hacerse la elección de presidente? Ya lo hemos dicho en el comentario al art. 300 (pág. 582 y sig.): en la junta á que dicho artículo se refiere, luego que el juez municipal haga el nombramiento de los vocales para el consejo, deben éstos hacer la elección de su presidente, consignándose en el acta, como allí se ha dicho. Si por cualquier motivo no se verificase en dicho acto, deberá hacerse la elección en la primera reunión que celebre el consejo; y como al juez municipal corresponde la formación del consejo y la ejecución de las resoluciones que dicte con este objeto, creemos que á él corresponde también citar á los vocales para esa primera reunión, como es además de necesidad por no haber persona autorizada para citarlos, cesando su intervención luego que quede constituído definitivamente el consejo con la elección del presidente. A falta de acuerdo entre los vocales, la elección habrá de ser secreta por medio de papeletas, como generalmente se hacen todas las que se refieren á personas, y por mayoría absoluta, según ya se ha indicado, en razón á que la ley concede el derecho de elección de presidente á todos los vocales y no autoriza para este caso la

mayoría de los concurrentes, siempre que no bajen de tres, como la autoriza el art. 305 para los demás acuerdos.

En el juicio crítico de las disposiciones del Código sobre el consejo de familia, expuesto en la introducción del presente título (pág. 449), hemos indicado la diferencia radical que existe entre nuestro Código y los demás que admiten la institución del consejo respecto á la presidencia del mismo. La Comisión encargada de redactar el Código tuvo que ajustarse á las bases aprobadas por la ley de 11 de Mayo de 1888, y en la 7.ª de dichas bases se ve claramente el propósito de alejar á la autoridad judicial de la intervención que antes tenía en las tutelas, confiando el cuidado de las personas y bienes de los menores é incapacitados al cariño, interés y celo de la familia, y en su defecto de los amigos más íntimos de sus padres. De aquí, sin duda, el no haber conferido al juez municipal la presidencia del consejo de familia. Es verdad que si la tuviese se evitarían muchas dudas y dificultades; pero éstas son debidas, más que á deficiencias del Código, á las que algunos las atribuyen, á no haberse ordenado el procedimiento para la aplicación de estas disposiciones, adicionando la ley de Enjuiciamiento civil ó publicando un reglamento especial sobre la materia. Y lo peor del caso es que las dudas por regla general se resuelven en la práctica de modo que aumentan los gastos de las tutelas con actuaciones innecesarias, que no autoriza la ley, y que vienen á contrariar el laudable propósito del legislador. Es de esperar sean resueltas cuando se ordene el procedimiento; mientras tanto, nos hacemos cargo de ellas en los lugares oportunos de estos comentarios, resolviéndolas en el sentido que creemos más conforme al espíritu del Código. En el presente nos limitaremos á las que se relacionan con la elección de presidente y el ejercicio de sus funciones.

¿Puede ser elegido presidente del consejo uno de los vocales que residan fuera del lugar donde radique la tutela? Lo derecho sería que el presidente viviese siempre en el centro, junto al tutor y al protutor, á la vista del menor ó incapacitado, donde

fácilmente pudieran hallarle y conferenciar con él los demás vocales; pero el Código no establece excepciones ni diferencias entre ellos: será presidente *el vocal* que eligieren *los demás*». Los Códigos extranjeros no tuvieron que ocurrir á esta duda, porque allí la presidencia está confiada al propio juez que formó ó constituyó el consejo.

¿Puede nombrar el consejo un vicepresidente? Tampoco podrá ocurrir esta duda, estando encomendada la presidencia del consejo al juez municipal. El Código civil portugués, dice «el juez preside sin voto el consejo de familia» (art. 216); el proyecto añadía á estas palabras lo siguiente: «y podrá delegar la presidencia en sus sustitutos, en caso de impedimento legítimo»; pero la Comisión revisora tachó este aditamento por redundante, dado que la sustitución de los jueces para toda clase de funciones se halla ya prevista en las leyes. Así también en Francia: «Si el juez de paz, dice Laurent, no puede presidir una junta por un impedimento cualquiera; ha de hacerse sustituir por su suplente». El Código de Luisiana ordena que las asambleas de familia se celebren ante el juez de paz ó ante el notario que aquél designe al efecto» (art. 308). Unicamente en Toscana, la ley de 2 de Agosto y la instrucción de 9 de Noviembre de 1838, confirieron la presidencia del consejo á uno de sus vocales, pero cuidando de designarle un sustituto: «en la primera junta que preside el juez, nombran los vocales un notario para que levante acta de las sesiones sucesivas, eligen presidente de entre ellos mismos y designan el individuo que ha de sustituirle en caso de impedimento.» Nuestro Código pudo haber hecho otro tanto, creando una vicepresidencia para los casos de ausencia, enfermedad ú otro impedimento del presidente: acaso no lo hizo por creer suficiente la disposición que comentamos, como lo es, en efecto, á nuestro juicio. Si es facultad exclusiva de los vocales la elección de presidente del consejo, claro es que á ellos corresponde designar el vocal que haya de sustituir al presidente, cuando por cualquier motivo no concurra á la reunión, y por tanto, podrán nombrar un vicepresidente para que le sustituya

siempre que sea necesario. Este nombramiento podrá hacerse á prevención desde el principio, y si no se hizo, como ordinariamente sucederá por no prevenirlo la ley, elegirán en su caso el vocal que haya de presidir interinamente mientras dure el impedimento del presidente. Claro es que ese vicepresidente ó presidente interino tendrá todas las facultades inherentes al cargo mientras lo ejerza.

¿Podrán los vocales destituir al presidente del consejo y nombrar otro? El que tiene la facultad, sea persona ó corporación, de nombrar para un cargo, la tiene también para destituir al que lo desempeñe, fuera de los casos en que lo prohiba la ley ó declare el cargo inamovible. Partiendo de esta regla, creemos indudable que los vocales del consejo de familia tienen la facultad de destituir á su presidente, por lo mismo que tienen la de elegirlo ó nombrarlo, y también la de admitirle la dimisión ó renuncia, si la hiciese, y nombrar otro de entre los mismos vocales en su reemplazo. Pero esto ha entenderse sólo respecto del cargo de presidente, no del de vocal, porque no corresponde á ellos, sino al juez municipal el nombramiento de los vocales, los cuales han de reunir los requisitos que exige la ley, y no pueden excusarse ni ser removidos sino por las causas que la misma ley determina, lo cual no es aplicable al cargo de presidente.

Además, el art. 312 impone á los vocales la responsabilidad de los daños que por su malicia ó negligencia culpable sufriera el sujeto á tutela: culpable sería la negligencia de los vocales si tolerasen que el presidente no reuna el consejo cuando haya necesidad de hacerlo, y que por el abandono de aquél se cometan abusos en la tutela no ejerciendo la inspección que la ley les atribuye; y si no deben tolerarlo para salvar su responsabilidad, preciso es que tengan la facultad, y aun la obligación de excitar el celo del presidente, y de destituirlo, si no se enmienda. En tales casos los vocales deberán proceder con mucha prudencia é imparcialidad, inspirándose tan sólo en el interés del menor ó incapacitado. Tomarán estos acuerdos por mayoría absoluta de

votos de todos los vocales, como se ha dicho para la elección del presidente, y aunque procederá el recurso que establece el artículo 310, creemos que no podrá prosperar el que entable el presidente destituído contra el acuerdo separándolo del cargo, por ser discrecional esta facultad de los vocales.

Es de presumir se tropiece con la dificultad de reunirse legalmente el consejo para tratar de dicho asunto: al examinar la primera de las atribuciones del presidente indicaremos la forma en que ha de hacerse cuando se niegue el presidente á convocarlo, ó no pueda hacerlo por estar ausente ó por cualquier otro motivo.

II

Atribuciones del presidente del consejo de familia. — 1.ª Reunir el consejo y presidirlo.

En el art. 304 que estamos comentando se determinan con claridad y precisión estas atribuciones: según él, corresponde al presidente: 1.º, reunir el consejo y presidir sus deliberaciones; 2.º, redactar y fundar los acuerdos; y 3.º, ejecutarlos. Nos haremos cargo de cada una de estas atribuciones en párrafos separados, dedicando el presente á la primera.

Es inherente al cargo de presidente de cualquiera corporación la facultad de convocarla siempre que deba reunirse para tratar de asuntos propios de su instituto, y de presidir sus deliberaciones; y esa facultad que á la vez es un deber, se atribuye también en primer término al presidente del consejo de familia. En su virtud, á él corresponde citar á los vocales para que se reuna el consejo, y, una vez reunido, presidir el acto, dar cuenta de los asuntos que hayan de tratarse por el orden que estime conveniente, dirigir el debate, si lo hubiere, conceder la palabra á los que quieran usarla para tomar parte en él, ó con cualquier otro objeto, y poner á votación el asunto cuando lo considere suficientemente discutido, y por haber distintas opiniones no pueda tomarse acuerdo por unanimidad.

En el núm. 1.° del mismo artículo que estamos comentando, se determinan los casos en que ha de reunirse el consejo, que son, cuando le parezca conveniente al presidente, y cuando lo pidieren los vocales, el tutor ó el protutor. Pero además hay otros casos determinados también por la ley, en los que no puede prescindir el presidente de reunir el consejo, sea ó no requerido para ello. Convendrá tener á la vista unos y otros casos; son los siguientes:

1.° Siempre que fuere nacesario para tomar acuerdo sobre puntos previstos en el Código: tales son, por ejemplo, demanda de consentimiento para contraer matrimonio (art. 46); informe sobre solicitud de declaración de incapacidad (art. 216); nombramiento de tutor dativo y de protutor (arts. 231 y 233); calificación de la fianza prestada por el tutor (art. 255); posesión de éste y del protutor (art. 261); otorgamiento del beneficio de la mayor edad (art. 322), etc. En ninguno de estos casos puede demorar el presidente la convocación del consejo, sopena de incurrir en la responsabilidad del art. 312.

2.° Cuando al presidente «le pareciere conveniente» (artículo 304, núm. 1.°). Esto ha de entenderse fuera de los casos antes indicados, en que, por exigir la ley que acuerde ó informe el consejo, el presidente está obligado á reunirlo.

3.° Cuando lo pidan todos los vocales ó alguno de ellos (ibid.) De las palabras «lo pidieren *los vocales*», empleadas por la ley, sin expresar que sean todos, ni que lo pidan dos ó más, se deduce que cualquiera de los vocales puede solicitar del presidente la reunión del consejo.

4.° Cuando lo pida el tutor, que será: *a*) siempre que hubiese de ejecutar en nombre de su pupilo alguno de los actos para los cuales le es indispensable la autorización de dicho consejo (artículos 264, párrafo 5.°, y 269); *b*) en los demás casos, cuando el tutor desee conocer la opinión del propio consejo y recoger sus advertencias y juicios sobre un hecho, proyecto ó estado, si bien teniendo en cuenta que ni el consejo está obligado, en dicha hipótesis, á decir lo que piensa, ni aunque lo diga tiene for-

zosamente que seguirlo el tutor, ni por seguirlo se exime de la responsabilidad que por tales actos pudiera caberle.

5.° Siempre que lo pidiere el protutor, á los efectos siguientes: *a*) cuando haya de procederse al nombramiento de nuevo tutor, porque la tutela haya quedado vacante ó abandonada (artículo 236, párrafo 4.°), *b*) cuando tenga que llamar la atención del consejo sobre negligencias, planes ú operaciones del tutor que juzgue él perjudiciales á la persona ó á los intereses del menor ó incapacitado (ibid., párrafo 3.°); *c*) en cualquier otro caso en que quiera consultar el parecer del consejo sobre cosas atinentes á la tutela.

Para estos tres últimos casos es imperativo el precepto de la ley, y está obligado, por tanto, el presidente, como en el primero, á reunir el consejo siempre que lo pidan alguno de los vocales, el tutor ó el protutor. Si media la buena armonía que debe reinar, podrán hacer la petición de palabra, y si no, por escrito, pero expresando siempre el objeto de la reunión. Podrá suceder que el presidente se niegue á dicha pretensión, ó que sea negligente: en tales casos será responsable de los daños y perjuicios á que diere lugar, conforme al art. 312, y por analogía con el 232, y será motivo para que los vocales acuerden su destitución y nombren otro presidente.

También podrá suceder que no haya persona autorizada para reunir el consejo por haber fallecido el presidente, ó por hallarse ausente ó enfermo. En tal caso, creemos que podrán reunirse los vocales á excitación de cualquiera de ellos, y acordar lo que sea procedente, nombrando presidente en reemplazo del fallecido ó un interino durante el impedimento del propietario, y poniéndolo en conocimiento del juez municipal si hubiere necesidad de completar el consejo. Pero si por no haber buena armonía no es posible emplear ese medio, no vemos otra solución que la de acudir al juez municipal, exponiéndole el caso y la necesidad de que se reuna el consejo, para que éste lo convoque, bajo la multa que determina el art. 306. Según este artículo, al juez municipal corresponde la autoridad coercitiva, por la cual y por

lo que se ordena en el 232, creemos que á él corresponde apremiar á los vocales á que se reunan cuando esté impedido el presidente ó se niegue á convocarlos, si aquél entiende que es necesaria la reunión. El juez municipal podrá enterarse de si se cumple ó no su mandato para imponer la multa á los vocales que no concurran; pero sin presidir ni intervenir en la reunión, y menos en las deliberaciones del consejo. Esta es nuestra opinión, mientras no se publique la ley procesal ó reglamento que disponga lo que haya de hacerse en tales casos.

Las personas á quienes debe citar el presidente son: 1.º, todos los vocales: no basta citar á tres, aunque tres basten para celebrar junta (art. 305): así clarísimamente se deduce de lo prevenido en el art. 306. El Código italiano no quiso descansar en una deducción, y dispuso que «para la validez de los acuerdos del consejo es necesario convocar á todos sus individuos, y que á las reuniones asistan por lo menos tres, etc.» (art. 258); 2.º, al protutor, puesto que tiene derecho á asistir á todas las juntas y tomar parte en las deliberaciones, aunqne sin voto (artículo 236); 3.º, al menor sujeto á tutela mayor de catorce años, por igual motivo (art. 308); 4.º, al tutor, cuando la sesión se celebre á su instancia (art. 308).

La citación debe expresar, por punto general: 1.º El *objeto* de la reunión, ó sea, el asunto ó negociación sobre que está llamado á decidir en ella el consejo, caso de que tenga alguno concreto ó no se conceptúe prudente, por su naturaleza especial, el reservarlo: así lo establece muy previsoramente el art. 211 del Código Portugués («el juez hará declarar *siempre* en la citación el asunto principal que ha de someterse á la deliberación del consejo»), y así resulta en el nuestro de la aplicación analógica del art. 293, párrafo 3.º («haciéndoles saber el objeto de la reunión»). 2.º El *día y hora* en que ésta ha de celebrarse, por analogía asimismo con lo dispuesto en el párrafo último de dicho artículo: no siendo muy urgente la junta, convendrá citar con tres días de anticipación (y uno más por cada 30 kilómetros de distancia); á fin de que los vocales forasteros tengan tiempo de

ordenar sus asuntos y preparar su viaje, y todos de pensar y de recoger datos y noticias sobre el asunto que se ha de discutir, asesorarse de letrados ú otras personas entendidas, y, en suma, para que no asistan á la junta sin un principio de orientación enteramente desprevenidos. 3.º El sitio donde la reunión ha de tener lugar, y que ordinariamente será la habitación del propio presidente: conviene, sin embargo, que, de acuerdo con los demás vocales, determine en cada caso, ó de una vez para todos, la población y el edificio que más convienen á la mayoría para la celebración de las juntas.

En cuanto á la forma de la citación, ninguna concretamente preceptúa el Código. Tratándose de vocales que residan dentro de la población donde radique la tutela, será lo más ordinario la citación verbal, si bien convendrá siempre, pero sobre todo cuando el acto que ha de ejecutarse sea de importancia y pueda suscitar desacuerdos y protestas, hacerla por papeleta ó mediante aviso circular, al pie del cual firmen los que sepan, y por los que no sepan, dos testigos: ese aviso, unido al acta, servirá de justificante en caso de que venga á moverse cuestión sobre ello. Respecto de los vocales que residan en domicilio distinto del de la tutela, podrá emplearse asimismo la forma de citación que mejor cuadre y se adapte á las circunstancias de cada caso, con tal que produzca comprobante: carta simple, contestada; carta certificada ordinaria; carta certificada por acta notarial; papeleta llevada á la mano por mandadero y devuelta con la firma del emplazado, etc. Según sean la importancia del acto sobre que ha de deliberar el consejo, la fortuna del pupilo, el acuerdo ó la desarmonía que reine entre los vocales, la distancia de su domicilio, la mayor ó menor urgencia de la reunión, etcétera, así deberá usarse de uno ó de otro medio.

III

Atribución 2.ª del presidente.—Redactar y fundar los acuerdos del consejo.

En las corporaciones y juntas que tienen secretario, á éste corresponde redactar y extender las actas de sus sesiones. El Código no establece ese cargo en el consejo de familia por creerlo innecesario, en consideración á las funciones de éste y al corto número de sus vocales, y para evitar la retribución que habría de dársele, á cargo de las rentas de la tutela; por esto declara que corresponde al presidente redactar y fundar los acuerdos del consejo, y que el acta sea autorizada con las firmas del mismo y de los vocales. Esto no puede obstar para que el presidente, sin delegar sus funciones, sea auxiliado en esos trabajos por alguno de los vocales ó por otra persona, pero sin carácter oficial y bajo la responsabilidad de aquél, como ya se ha dicho.

Previene también el artículo que comentamos, en su número 2.º, que se funden los acuerdos, haciendo constar la opinión de cada uno de los vocales. El acta debe ser el reflejo fiel de todo lo ocurrido en la sesión, y no lo sería si no se consignasen sucintamente las principales razones alegadas en pro y en contra del punto que se discuta, y las que sirvan de fundamento á la resolución que se adopte; de otro modo faltaría el dato más exacto para apreciar la justicia ó conveniencia del acuerdo, caso de ser impugnado. Y en cuanto á que se haga constar la opinión de cada uno de los vocales, téngase presente que éstos son responsables de los daños que por su malicia ó negligencia culpable sufriere el sujeto á tutela, exceptuándose naturalmente los que disintieron del acuerdo que causó el perjuicio (art. 312); y sería ilusoria esta responsabilidad si en las actas que han de entregarse al menor ó incapacitado cuando concluya la tutela (artículo 311) no constase individualmente la opinión y el voto de cada uno de los vocales.

Aparte de la regla general del art. 304, párrafo 2.°, que acabamos de examinar, contiene el Código una excepción que la corrobora, y es el art. 49. «Ninguno de los llamados á prestar su consentimiento ó consejo—para contraer matrimonio (uno de ellos es el consejo de familia)—está obligado á manifestar las razones en que se funda para concederlo ó negarlo»; y añade: «ni contra su disenso se da recurso alguno», que parece ser la razón de aquella licencia para votar sin explicar el voto, pero no la única; la pragmática de 23 de Marzo de 1776 disponía (artículo 9.°) que «sólo se podrá certificar del acto favorable ó adverso, pero no de las objeciones ó excepciones que propusieren las partes, para evitar difamaciones de personas ó familias», cuya prudente conducta debe seguirse aún hoy, omitiendo en el acta de disenso toda explicación que pudiera redundar en descrédito de alguna persona.

Los legisladores extranjeros observan otra jurisprudencia: no ponen como regla general la obligación de fundar ó razonar los acuerdos: únicamente cuando éstos no hayan sido tomados por unanimidad ha de consignarse en el acta el voto de cada uno de los vocales (Código civil italiano, art. 260; Código procesal francés, art. 883). Una sola excepción introduce el Código civil francés: el acuerdo de excluir ó remover un tutor será fundado ó motivado (art. 447).

Ahora una duda: al prevenir nuestro artículo que se haga constar *la opinión* de cada uno de los vocales, ¿ha entendido significar sencillamente el voto, ó además los considerandos, ó sea las razones que tuviera para emitirlo? Pudiera creerse que en «opinión» se ha traducido *l'avis* del Código procesal francés; y Laurent escribe á este propósito lo que sigue: «La Audiencia de Bourges ha declarado que la mención de *l'avis* implica la de los motivos en que se fundó, pero no es exacto: puede uno muy bien dar su opinión sin motivarla, y en cuestiones de personas, se comprende que los vocales del consejo no gusten de razonar su voto. Bastará que lo hagan cuando el acuerdo fuere impugnado ante los tribunales. La jurisprudencia se ha pronunciado

en este sentido.» Otra creemos que ha de ser la solución en el régimen de nuestro Código; pues si deben «fundarse los acuerdos del consejo haciendo constar la opinión de cada uno de los vocales», claro es que ha de consignarse en el acta el voto (razonado) de la mayoría y el voto ó votos particulares (razonados también).

Ordena además la disposición que estamos examinando, que *los vocales autoricen el acta con su firma*. No exige la ley otra autorización para que sean válidos y eficaces y produzcan sus efectos los acuerdos consignados en el acta, y es inútil, por tanto, discurrir sobre el medio que habrá de emplearse para dar autenticidad á esos actos. La ley ordena que los vocales autoricen el acta con su firma, y esto basta, sin que haya necesidad de que asista á la sesión un notario para dar fe del acto, como algunos opinan: ni de que los vocales comparezcan ante un notario para ratificar sus acuerdos, como discurren otros: ni que lo verifiquen ante el juez municipal, sin tener en cuenta los que así opinan que dicho juez no puede en ningún caso presidir ni intervenir en los actos del consejo de familia. En nuestra opinión, cualquiera de estos medios es contrario á la letra y al espíritu del Código, el cual ha confiado al cariño é interés de los parientes ó amigos la protección y amparo de la persona y bienes del sujeto á tutela, que antes correspondía á la autoridad judicial, á fin de evitar gastos y perjuicios, y no se conseguiría este objeto con esos procedimientos.

El consejo de familia tiene la autoridad y atribuciones que el mismo Código le concede: sus acuerdos serán válidos y eficaces en juicio y fuera de él, siempre que el acta en que se consignen esté autorizada con las firmas de los vocales: al presidente corresponde ejecutarlos, y por consiguiente también librar la certificación del acuerdo que sea necesaria para llevarla á efecto. Teniendo en cuenta estos preceptos del Código, que habrán de desarrollarse cuando se ordene el procedimiento para su aplicación, veamos el que mientras tanto podrá y deberá emplearse.

El tutor necesita autorización del consejo para todos los actos

determinados en el art. 269, y claro es que no puede llevarlos á efecto ni serán válidos sin acreditar que le ha sido concedida la autorización. ¿Cómo deberá acreditarlo? Ya lo hemos indicado en el comentario de dicho artículo (pág. 375 de este tomo): con certificación del acta de la sesión en que le haya sido concedida; no hay otro medio más natural ni adecuado. ¿Quién autorizará esa acta? El presidente y los demás vocales con su firma, como ordena la ley, la cual no consiente que en los actos del consejo de familia intervengan autoridad ni funcionario público de ninguna clase. ¿Y quién librará la certificación? El mismo presidente, en virtud de la facultad que le concede la ley para ejecutar los acuerdos del consejo, sin permitir, como se ha dicho, la intervención de otro funcionario ni autoridad. La ley ha creado un organismo ó una institución, y sería absurdo suponer que no le concede los medios necesarios para llevar á efecto las atribuciones que la misma ley le confiere. Esa certificación será documento bastante y fehaciente para que el tutor acredite hallarse autorizado para el acto que trate de ejecutar, haciendo de ella el uso que convenga según los casos, pues unas veces tendrá que presentarla original para que se una á la matriz, ó se inserte en la escritura pública que haya de otorgar, ó para que surta sus efectos en el expediente ó autos que haya de promover en representación de su pupilo, y otras la conservará en su poder para su resguardo. Y si el acuerdo del consejo fuere concediendo licencia al menor para contraer matrimonio, como al mismo presidente corresponde ejecutarlo, servirá la certificación para otorgar el documento que previene el art. 48.

De lo expuesto se deduce que consideramos errónea la opinión de los que creen que, por ser un particular el presidente del consejo de familia, sin estar revestido de autoridad pública, las certificaciones que libre de los acuerdos por éste adoptados ó del acta en que se consignen, tienen el carácter de documentos privados, y no pueden hacer fe por sí solos en juicio ni fuera de él, fundándose en esto para exigir la ratificación ante el juez municipal ó ante un notario, que les dé la autenticidad de que care-

cen. No: ya hemos dicho que el presidente tiene la autoridad, y los documentos que libre, para la ejecución de los acuerdos del consejo, el valor y eficacia que la ley les atribuye, y por consiguiente las certificaciones que aquél expida, harán fe en juicio y fuera de él, salvo prueba en contrario, como sucede respecto de todo documento. Si se objeta que podrá ser necesario utilizar esos documentos ante un tribunal, un notario ú otro funcionario que no conozca la firma del presidente y hasta ignore la existencia de tal consejo de familia, diremos que en tal caso se hará lo que se practica en todos los casos análogos; en el mismo documento, ó en otro adicional, se hará constar el nombramiento del consejo y la elección de su presidente, y se legalizará la firma de éste en la forma ordinaria; y si todavía se duda de la autenticidad ó exactitud del documento, se comprobará por medio del cotejo con el acta original.

Podrá suceder que no sepa firmar alguno de los vocales del consejo: en tal caso, hasta que en el reglamento ó ley procesal se disponga lo que haya de hacerse, no estará de más que por el vocal que no sepa firmar, firme á su ruego otra persona que no pertenezca al consejo. Pero no creemos sea motivo suficiente para invalidar el acta, puesto que no lo establece la ley, el que no aparezca la firma del vocal que no sabe firmar, siempre que se consigne esta circunstancia. ¿Y si no saben firmar ni el presidente ni los vocales? En este caso, que, aunque posible, no es probable, no vemos otra solución que la de que concurra á las sesiones un notario que levante acta y dé fe de los acuerdos que adopte el consejo. Véase lo que con motivo de la excusa por no saber leer ni escribir hemos dicho al comentar el art. 298 en las págs. 557 y sigs. de este tomo.

¿En qué forma y en qué clase de papel deberán extenderse las actas del consejo de familia? También habrá de resolverse esta duda en el reglamento ó en la ley procesal. Podrá ser lo menos expuesto á abusos extenderlas en un libro encuadernado y foliado, sellado con el del juez municipal, poniendo éste en la primera hoja una nota expresiva del objeto del libro y de los

folios de que conste: con esto y con extender las actas una á continuación de la otra, sin dejar huecos ni hojas en blanco, se evitarían sin duda suplantaciones y extravíos. Tenemos entendido que algunos jueces municipales han acordado que se lleven en esta forma dichos libros, imponiéndolo como obligatorio á los presidentes de los consejos de familia: con ello habrán dado una prueba de su buen celo, digno de elogio, pero no sabemos con qué autoridad, puesto que el art. 4.º de la ley orgánica del Poder judicial prohibe á los jueces y tribunales «dictar reglas ó disposiciones de carácter general acerca de la aplicación ó interpretación de las leyes», y porque dichos presidentes no son subordinados ó inferiores en el orden jerárquico de los jueces municipales. En nuestra opinión, si las actas han de extenderse en papel timbrado, como luego veremos, no puede adoptarse ese sistema de libros, mientras no lo ordene la ley ó el reglamento, y habrá de emplearse el de pliegos sueltos, que se encuadernarán después, poniendo en cada acta el número que le corresponda, escrito en letra, por orden de fechas, principiando cada una en pliego distinto, y foliando todas las hojas por su orden, como para los protocolos de los notarios, que son de más importancia, está prevenido en los arts. 48 al 54 del Reglamento del Notariado de 9 de Noviembre de 1874. Con estas precauciones, é imponiendo á los presidentes la obligación de remitir cada tres meses, ó en períodos más cortos, al juez de primera instancia un índice razonado de las actas ó sesiones celebradas por el consejo, se evitarían abusos y se facilitaría á dichos jueces la inspección que deben ejercer conforme al art. 292 del Código.

En cuanto al papel en que habrán de extenderse las actas, nada se dijo en la ley del Timbre de 1881, porque no existía entonces la institución del consejo de familia; pero publicado el Código civil, se creyó conveniente determinarlo, y por Real orden expedida por el Ministerio de Hacienda en 11 de Abril de 1890 (1), declaró que las diligencias para la constitución del

(1) Esta Real orden no se publicó en la *Gaceta;* pero en 22 del mismo mes de Abril de 1890, la Dirección general de Contribuciones indirectas la circuló

consejo deben extenderse en papel de dos pesetas, con arreglo al art. 46 de la ley del Timbre, entonces vigente, reproducido literalmente en el 112 de la actual, fuera de los casos en que se constituya de oficio, en los que se empleará el timbre de oficio, sin perjuicio del reintegro; que las actas de las sesiones del consejo deben extenderse también en papel de dos pesetas; y que en los recursos ó alzadas ante el juez de primera instancia contra los acuerdos del consejo debe emplearse el papel timbrado

---

á sus subordinados, encargando que se insertara en los *Boletines oficiales*. Por su importancia y por las razones en que se funda, creemos conveniente insertarla íntegra. Dice así:

«Vistas las consultas elevadas por los jueces de primera instancia de los partidos de Don Benito y de Torrelavega y por la administración de Contribuciones de la provincia de Teruel, relativas á que se determine con arreglo á la ley del impuesto del Timbre, la clase de éste que ha de emplearse por el consejo de familia en sus acuerdos y funciones:

»Considerando que el consejo de familia, introducido en nuestra legislación por el moderno Código civil, es una institución de carácter legal, encargada de aplicar y realizar el derecho que asiste á los menores é incapacitados en sus personas y bienes, ejerciendo para ello actos de verdadera tutela, de la que puede considerarse como complementario dicho consejo:

»Considerando que por ello debe estimarse que al referido consejo de familia han pasado ciertas facultades y atribuciones que antes tenían á su cargo los jueces de primera instancia como actos de jurisdicción voluntaria y que afectaban á las personas y bienes de los indicados menores é incapacitados, sin que por ello hayan variado la naturaleza de estos actos, puesto que la única diferencia introducida se concreta á la autoridad encargada de realizarlos, que si antes correspondía á la judicial exclusivamente, hoy corresponde en primer término á la privada del referido consejo de familia.

»Considerando que, esto sentado, hay que estimar al consejo con arreglo al Código en tres actos ó tiempos distintos: el primero en su formación ó constitución, que se realiza mediante la intervención del juez municipal, que es el llamado á constituirlo legalmente; el segundo, en el que el consejo ya constituído funciona con completa libertad é independencia, ejerciendo las facultades y atribuciones que el Código le encomienda; y el tercero, cuando los acuerdos ó resoluciones del consejo son apelables para ante el juez de primera instancia, conforme determina el art. 310 del citado Código:

»Considerando que estudiado el consejo en su constitución para determinar la clase de papel que debe emplearse en las diligencias que con dicho objeto se practiquen, no puede ofrecerse duda alguna de que aquél debe ser el determinado en el art 46 de la ley del Timbre para los actos de jurisdicción voluntaria, por cuanto de esta naturaleza es el acto que en aquel momento se realiza, conforme á lo dispuesto en el art. 1811 de la de Enjuiciamiento civil.

»Considerando que, esto no obstante, cuando el consejo se constituyere de oficio á petición del Ministerio público, conforme dispone el art. 293 del

que corresponda á la cuantía ó clase del negocio, conforme á los artículos 36 y 42 de aquella ley, que también han sido reproducidos en los 98 y 106 de la hoy vigente.

En virtud de la autorización concedida al Gobierno por la ley de 30 de Junio de 1892, ha sido aprobada y publicada la del Timbre por Real decreto de 15 de Septiembre de este mismo año, para que principiara á regir en 1.° de Octubre siguiente. En su art. 199 se declara que «queda derogada toda la legisla-

---

Código, lo procedente es usar el papel de la clase de oficio, sin perjuicio del reintegro por quien corresponda, en el de dos pesetas:

»Considerando que, una vez constituído el consejo, las actas de las sesiones que celebre deben ser extendidas en papel de dos pesetas, por la analogía que existe entre las facultades que el Código le señala y las que antes ejercían los jueces cerca de las personas y bienes sujetos á tutela; siendo también digno de tenerse en cuenta que dichos actos han de surtir efecto en muchos casos en los Tribunales y oficinas públicas:

»Considerando que en los casos de apelación de los acuerdos y resoluciones del consejo, para ante el juez de primera instancia, ya se trate de la apelación que especialmente se concede al tutor por el art. 299 del Código ó de la general que determina el 310 para todos los actos y decisiones del consejo, el papel que debe emplearse es el señalado en los artículos 36 y 42 de la ley del Timbre, según que pueda ó no fijarse la cuantía del asunto:

»Considerando que abona esta opinión el que, según sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Febrero de 1872, desde el momento que en los expedientes de jurisdicción voluntaria hay oposición, se hacen contenciosos y quedan sujetos á los trámites del juicio correspondiente; doctrina que está asimismo en armonía con lo dispuesto en el art. 1817 de la ley de Enjuiciamiento civil, que determina el que si á la solicitud promovida se hiciere oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente;

»El Rey (q. D. g.) y en su nombre la Reina Regente del Reino, en vista de lo propuesto por esa Dirección general, y de conformidad con lo informado por la de lo Contencioso del Estado, ha tenido á bien declarar:

»Primero. Que las diligencias que se practiquen para la constitución del consejo de familia, deben extenderse en papel de dos pesetas, con arreglo á lo dispuesto en el art. 46 de la ley del Timbre.

»Segundo. Que si el consejo se constituyese de oficio á petición del Ministerio fiscal, el papel que se emplee sea de oficio, sin perjuicio, en su día, del reintegro por el de dos pesetas.

»Tercero. Que las actas de las sesiones del consejo deben asimismo extenderse en papel de dos pesetas; y

»Cuarto. Que en los casos de apelación para ante el juzgado de primera instancia de las resoluciones y acuerdos del consejo, se esté, para el papel que debe emplearse, á lo que disponen los arts. 36 y 42 de la ley vigente sobre impuesto del Timbre.

»De Real orden lo digo á V. E. para su inteligencia y fines consiguientes.»

ción anterior sobre el Timbre del Estado, y por consiguiente también la Real orden antes citada, que había resuelto el caso de que tratamos. Pero, sin duda por olvido, nada se dispone en dicha ley que pueda referirse á la nueva institución de los consejos de familia, y de aquí la duda racional sobre el papel que habrá de emplearse, puesto que ha quedado derogada la Real orden que lo determinaba.

En nuestra opinión es indudable que en los expedientes que se instruyen en los juzgados municipales para el nombramiento y constitución del consejo de familia, debe emplearse papel timbrado de dos pesetas, como se declaró en la Real orden citada, por ser un asunto propio de la jurisdicción voluntaria, comprendido en el art. 112 de la nueva ley. Tampoco puede ofrecer duda que en las actuaciones que se sigan en los juzgados de primera instancia para resolver sobre los recursos de alzada ó reclamaciones contra los acuerdos del consejo ha de emplearse el papel timbrado correspondiente á la cuantía del negocio, y si ésta no puede determinarse, el de tres pesetas, pues se trata de un asunto contencioso entre partes, y son aplicables los arts. 98, 101 y 106 de dicha ley. Pero las actas de las sesiones de esos consejos no se hallan en ninguno de esos casos, porque, no interviniendo la autoridad judicial, no pueden ser calificados como actos de la jurisdicción voluntaria, y menos de la contenciosa. En la Real orden antes citada se fijó el papel de dos pesetas «por la analogía que existe entre las facultades que el Código señala al consejo de familia y las que antes ejercían los jueces cerca de las personas y bienes sujetos á tutela, siendo también digno de tenerse en cuenta que dichos actos han de surtir efecto en muchos casos en los tribunales y oficinas públicas». Es de presumir que por estas mismas razones se restablezca dicha disposición, aunque sería más equitativo fijar el timbre de 75 céntimos de peseta para las actas y certificaciones de las mismas, por analogía con lo establecido en el art. 59 de la ley. Mientras el Gobierno no lo resuelva conforme al art. 9.º de la misma ley, no se incurrirá en penalidad empleando el papel sin timbre, aunque aconsejamos

se use el de dos pesetas, ó por lo menos el de 75 céntimos para las actas, y el de dos pesetas para las certificaciones de las mismas, en vista de lo que dispone respecto de éstas, con carácter general, el art. 28 de la citada ley del Timbre.

Es de advertir asimismo, que la última ley del Timbre de 1.º de Enero de 1906 nada dice tampoco sobre la clase de papel en cuanto se relaciona con el consejo de familia. Sigue, por tanto, subsistente la doctrina establecida en la Real orden de 11 de Abril de 1890, en relación con los artículos de la nueva ley citada, que han sustituído á los que en dicha Real orden se aplicaban por analogía.

Indicaremos, por último, que las actas deberán expresar la fecha y lugar donde se celebraron; nombres de los concurrentes á ellas; circunstancia de haber sido citados todos los que tenían derecho á asistir y la forma en que se hizo la citación; acuerdos tomados, votos particulares y razones en que así éstos como aquéllos han sido fundados; firma de los que sepan firmar. A continuación de cada acta, y antes de que se firme, han de salvarse por el mismo que la escriba, con conocimiento y aprobación de todos los firmantes, cuantas enmiendas, tachaduras, raspaduras, interlineados, etc., contenga el escrito.—Aparte de las actas, el presidente deberá conservar en legajos convenientemente ordenados por fechas, los documentos sueltos, cartas y cédulas de citación, telegramas, recibos, y en suma, cuanto haya de servir de justificante documental á los resultados de las actas.

IV

Atribución 3.ª del presidente.—Ejecutar los acuerdos del consejo.

Los acuerdos que puede adoptar el consejo de familia conforme al Código son de tal índole, que no es necesaria la intervención de la autoridad pública para ejecutarlos, si no son impugnados, y por esto se encomienda su ejecución al presidente del mismo consejo. *Ejecutar*, según la significación propia de esta

palabra, es poner por obra alguna cosa; realizar ó llevar á cabo una cosa previamente resuelta. En este sentido ha de entenderse que corresponde al presidente ejecutar los acuerdos del consejo, pero sin autoridad coercitiva para obligar á su cumplimiento á quien no quiera cumplirlos, porque esta facultad es propia y exclusiva de los funcionarios revestidos de autoridad pública. El Código ha ordenado esta materia de modo que para llenar los fines de la institución del consejo de familia, no es necesario que su presidente tenga ese poder coercitivo, como vamos á demostrarlo. No lo tiene ni aun para obligar á los vocales á que asistan á las sesiones, según se deduce del art. 306.

Supongamos que recae el acuerdo sobre la autorización pedida por el tutor para cualquiera de los actos determinados en el art. 269; si se deniega, no hay nada que ejecutar sino hacerlo saber al tutor, lo que verificará el presidente; y si se concede, no corresponde al consejo, sino al tutor, llevar á efecto el acto para que ha sido autorizado por el consejo, cuyo acuerdo quedará cumplido por parte del mismo dando al tutor la oportuna certificación para que pueda hacerlo constar donde corresponda. Si se trata del consentimiento para el matrimonio del menor, el presidente ejecutará este acuerdo compareciendo, con certificación del mismo, ante un notario civil ó eclesiástico ó ante el juez municipal para otorgar el documento que exige el art. 48. Cuando el acuerdo recaiga sobre la incapacidad ó remoción del tutor, sobre sus excusas, sobre la cuantía ó calificación de la fianza, ó sobre cualquier otro punto relacionado con la tutela, si el tutor ó el interesado se conforma, no habrá cuestión ni necesidad de apremio para llevarlo á efecto: y si lo impugna ante el juez de primera instancia (arts. 241, 249, 255, 310 y otros) corresponderá al presidente en representación del consejo, con concurrencia de los demás vocales ó sin ella, sostener el acuerdo en la contienda judicial que se promueva. Si el acuerdo necesita para su ejecución de la previa aprobación judicial, como en el caso del párrafo 2.º del art. 243; si tiene por objeto exigir del marido de la menor la constitución de la hipoteca en garan-

tía de los bienes dotales, á que se refiere el art. 1352, ó perseguir al tutor por los delitos ó responsabilidades en que haya incurrido, corresponderá al presidente ejecutar tales acuerdos entablando en representación del consejo la acción que proceda; y lo mismo en los demás casos.

Del examen de los casos mencionados y de los demás análogos resulta, que en tanto corresponderá al presidente ejecutar los acuerdos del consejo, en cuanto deban llevarse á efecto por el mismo y pueda hacerlo extrajudicialmente; pero si son impugnados y se promueve contienda, ó si es necesaria la aprobación de la autoridad judicial, á ésta corresponderá la ejecución del fallo ó resolución que dicte, limitándose en tales casos la facultad del presidente á sostener ante los tribunales el acuerdo del consejo, ó á solicitar su aprobación cuando sea necesaria. En este sentido, pues, creemos debe entenderse la disposición 3.ª del art. 304, por la cual se declara que corresponde al presidente ejecutar los acuerdos del consejo de familia, comprendiéndose en esta atribución la de librar las certificaciones de los mismos que sean necesarias.

Así lo ha declarado después de publicarse la primera edición de este tomo, la Dirección general de los Registros en sus Resoluciones de 12 de Marzo de 1893, y 23 de Agosto de 1894.

Las actas del consejo de familia merecen el concepto de documontos privados, como afirma la sentencia de la Sala segunda, de 22 de Junio de 1893, por lo cual las falsedades que se cometan en las mismas, sólo pueden penarse cuando perjudiquen á tercero, ó se cometan con ánimo de causar ese perjuicio.

Los Registradores no deben discutir los fundamentos de los acuerdos del consejo de familia, pues por su fuerza dentro de su esfera de acción, tienen mucha analogía con las providencias judiciales. (Resolución de 28 de Mayo de 1897.)

ARTÍCULO 305

El consejo de familia no podrá adoptar resolución sobre los puntos que le fueren sometidos sin que estén presentes por lo menos tres vocales.

Los acuerdos se tomarán siempre por mayoría de votos.

El voto del presidente decidirá en caso de empate.

I

Número de vocales necesarios para tomar acuerdos.

Según el artículo que acaba de transcribirse, son válidos los acuerdos del consejo cuando á la sesión en que fueron adoptados concurrieron tres vocales por lo menos. Ya se habrá entendido que el término «vocales» está usado aquí en su sentido genérico incluyendo el presidente, como si dijera, *el presidente y dos vocales más*. También el Código portugués declara en su art. 217 que «el consejo de familia no puede deliberar sin la asistencia por lo menos, de tres de sus individuos».

Esto supuesto, ¿bastará que el presidente cite á dos solos vocales? De ninguna manera: debe citarlos necesariamente á todos; el art. 304 dice que ha de «reunir el consejo», y el consejo lo forman todos los vocales; si así no fuere, la función inspectiva de la tutela estaría entera en manos del presidente del consejo, pues le bastaría citar únicamente á aquellos vocales de quienes supiese que opinaban como él ó que le eran adictos, y sería éste un modo indirecto de excluir, sin más causa que la voluntad de un vocal, á otro ú otros, á despecho de los padres que los designaron, de la ley que los llama ó del juez que vió en ellos garantía y sostén para el sujeto á tutela.

Algo de esto hubieron de ver los autores del Código civil francés cuando previnieron (art. 415) ser precisa para deliberar válidamente «la presencia de las tres cuartas partes, por lo menos de los vocales *citados*» (es decir, todos menos el juez, que

cita y no es citado; y con alguna mudanza en el concepto y en la expresión, el Proyecto de Código civil español de 1851, «para deliberar y acordar bastará la mayoría de los *convocados*» (artículo 199). Pero mejor y más claro que ellos y que ninguno, expresólo el Código civil de Italia. «Para la validez de los acuerdos del consejo de familia, dice, es preciso *citar á todos sus vocales*, y que á las juntas asistan por lo menos tres, además del pretor» (art. 258). Esta regla se halla implícita y latente en nuestro Código; bastará la presencia de tres vocales, á condición de que la ausencia de los demás no se deba á falta ó defecto de citación. De aquí la importancia de conservar los comprobantes de que esa citación se hizo á todos con la debida oportunidad.

Si comparecen tres vocales, pero uno de ellos, antes de dar principio la discusión ó antes de haber votado se retira, alegando causa que le obligue á estar en otra parte, ó dolencia que le impide continuar allí, los otros dos no pueden tomar acuerdo válido, aun diciendo el ausente que le tengan por presente y conforme con lo que opinare uno de ellos. Tampoco podría computarse en el número de los concurrentes el que enviase su voto por escrito, aun viniendo apoyado de gran razonamiento, puesto que la ley exige la concurrencia personal para que el acuerdo sea el resultado de un debate en que prolijamente se haya examinado y discutido el pro y el contra del punto debatido. Esto no obsta para que los ausentes ó impedidos de concurrir puedan exponer por escrito su juicio y decir lo que probablemente votarían si fueran presentes para ilustración de los compañeros que concurran á la junta.

Opina un ilustrado comentarista que para tomar acuerdos bastarán tres vocales cuando el consejo se componga de cinco; pero que si se compone de seis ó más, como puede suceder cuando sea testamentario ó legítimo, según el art. 294, entonces no bastará aquel número, que es la mayoría absoluta de cinco, y será necesario que concurran para resolver válidamente los que compongan la mayoría absoluta del total de los vocales, que de seis ó siete serán cuatro, y de ocho ó nueve serán cinco. No so-

mos de esta opinión: el artículo que comentamos fija el número de tres, sin distinción de casos, y á ese número es preciso atenerse, porque este es el precepto claro y terminante de la ley, que para evitar dificultades en la marcha de la tutela, ha estimado suficiente el número de tres vocales en todos los casos para constituirse válidamente el consejo de familia y adoptar resolución sobre los puntos que le fueren sometidos.

II

Adopción de los acuerdos por mayoría: si ésta ha de ser absoluta ó relativa: casos de empate.

Al decir que «los acuerdos han de tomarse por *mayoría* de votos», ya se entenderá que no se tata de la mayoría de los vocales que componen el consejo de familia, sino de la mayoría de los vocales presentes en la junta, toda vez que bastan tres para tomar acuerdos válidos, y que no siempre tres son la mayoría de todo el consejo; por otra parte, los empates que el presidente está llamado á decidir, sólo entre los vocales presentes y votantes pueden producirse. Sobre esto no cabe titubear ni mover disputa. Pero esa mayoría ¿ha de ser absoluta (mitad más uno de los presentes) ó relativa?

Los Códigos extranjeros cuidaron de no dejar pendiente de duda este detalle, siendo tan fácil cosa prevenirlo; «la mayoría *relativa* de votos basta», decía el Código de Cerdeña (art. 272); «mayoría *absoluta* de votos de los vocales presentes» se ha menester, dicen los Códigos civiles de Portugal (art. 219) é Italia (artículo 258): «por mayoría *absoluta* de votos» dispone nuestra ley de Enjuiciamiento civil vigente, que ha de tomar sus acuerdos la junta de parientes (arts. 1930, 1932 y 1935).

El Código francés de 1805 declaró en su art. 416 que «al juez de paz corresponde decidir los empates cuando en la junta no hubiere unanimidad»; y sobre la inteligencia de esta declaración vienen disputando los comentaristas belgas y franceses desde

principios de siglo: quiénes, como Taulier, Toullier, Proudhon, Locré, Chardon y Zachariae en las primeras ediciones de sus magistrales comentarios deducen de ella ser bastante la mayoría relativa, hallando perjudicial para el menor exigirla absoluta, por los retardos y dificultades á que esto daría lugar; quiénes, como Delvincourt, Duranton, De Fréminville, Du Caurroy, Dalloz, Zachariae en su segundo período, Demolombe, Aubry y Rau, Laurent, defienden la necesidad de la mayoría absoluta, estimándola como tipo que ha de sobreentenderse en la ley, donde ésta manifiestamente no diga que sea relativa. La más constante jurisprudencia en los dos citados países se ha pronunciado por esta última opinión.

Y realmente, sólo la que es absoluta puede decirse propiamente mayoría: sólo el dictamen ó proposición que reune por sí mayor número de votos que todas las demás juntas puede lisonjearse de estar en mayoría: la mayoría relativa, de hecho es minoría. Si tratándose, por ejemplo, de arbitrar recursos para el menor, dos vocales opinan porque se autorice al tutor para vender un inmueble, uno porque se hipoteque, otro porque se pignoren valores y otro porque no se haga ninguna de las tres cosas, si hubiera de estarse á la mayoría relativa, vendría á prevalecer una opinión á que es contraria la mayoría del consejo, y no hay que decir si el acuerdo nacería desautorizado. Por esta razón y teniendo en cuenta tan importante precedente como el de la ley de Enjuiciamiento civil, que hemos ya citado, tenemos por indudable que la mayoría que se exige en el art. 305 del Código es la mayoría absoluta de los vocales que concurran á la junta. Y no tenía necesidad de decirlo el artículo para que así se entienda; cuando concurran á la junta tres vocales, que es el mínimum que el mismo exige para adoptar resoluciones, no puede haber mayoría si ésta no es absoluta: este es el tipo establecido por la ley, y á él es preciso atenerse mientras no se diga expresamente en la misma que se esté á lo que acuerde la mayoría relativa.

Esto supuesto, es claro que no puede producirse empate

cuando los concurrentes son tres, cinco, siete, nueve, etc. (1); el voto del presidente tendrá en este caso el mismo valor que el de otro vocal cualquiera. El empate se produce cuando los concurrentes son número par, cuatro, seis, ocho, etc., y se dividen en dos grupos iguales, patrocinando dos, tres, cuatro, etc., de ellos una opinión, y los otros dos, tres, cuatro, otra diferente (2); el artículo dice que prevalecerá aquélla de las dos que cuente con el voto del presidente, declarado para ese efecto de calidad.

Con relación á este punto, dice el comentarista á quien antes hemos aludido, que «el presidente debe abstenerse de votar, salvo el caso de empate», y para que se comprenda mejor su pensamiento, lo explica con el siguiente ejemplo: «A una reunión del consejo, dice, asisten tres vocales y el presidente. Pónese á votación, v. gr., el extremo de si ha de autorizarse al tutor para vender un inmueble del menor ó incapacitado, y votan dos en pro y uno en contra. El presidente, ¿podrá votar en este último sentido? Pensamos que no, porque en este caso, lejos de resolver su voto el empate, daba lugar á él. Sólo puede hacerlo, según nuestra opinión, en los casos de empate, ó cuando su voto no influya en nada.» Creemos que esta opinión induce al error, por ser diametralmente opuesta á la disposición clara y terminante del párrafo último del artículo que estamos comentando, según el cual, «el voto del presidente decidirá en caso de empate». Como se ha dicho, sólo puede haber empate cuando sea

(1) Aun cuando uno de ellos se abstenga. Las abstenciones son votos negativos que pueden estorbar la formación de una mayoría absoluta Para que exista acuerdo, es requisito forzoso la presencia de tres vocales, por lo menos; pero no es forzoso que todos hayan de discutir ó de votar algo concreto y positivo. Puede uno no haber formado juicio cabal del negocio sometido á la deliberación de la junta, v. gr., por no conocer la finca que se trata de enajenar ó la persona con quien trata de contraer matrimonio el sujeto á tutela, etc., y reservar por esto su voto absteniéndose: estaría en el mismo caso que si hubiera votado en distinto sentido que todos los demás.

(2) Así parece entenderlo también la Academia Española, en medio de no estar muy clara su definición: *Empate:* acción ó efecto de empatar. *Empatar:* tratándose de una votación, hacer que en ella sean tantos los votos en pro como los votos en contra, de modo que no pueda haber elección ó resolución.» *(Diccionario de la Lengua castellana.)*

par el número de los votantes: si es impar, decidirá el voto de la mayoría absoluta, aunque el del presidente se sume con el de la minoría, porque en tal caso no tiene más valor que el de otro vocal cualquiera. Como nuestro Código concede al presidente voz y voto en las deliberaciones del consejo de familia, está en la obligación de votar como le dicta su conciencia, y si resulta empate, lo resuelve la ley declarando que decidirá el voto del presidente; esto es, que se tendrá por válido y eficaz lo que éste resuelva ó acuerde en unión de los vocales que opinaron como él, dando á su voto el valor de dos para que resulte mayoría.

En las legislaciones que confieren la presidencia del consejo, *sin voto*, al juez de paz, como en Francia, Bélgica, y Portugal, tienen ese elemento para dirimir las discordias ó decidir los empates que ocurran entre los vocales, y dan esta facultad al presidente, cuyo voto, único caso en que puede darlo, constituye la mayoría. «El juez de paz, dice el art. 416 del Código civil francés, y lo repite el belga, presidirá el consejo de familia y tendrá voz y *aun voto en caso de empate.*» Pero no podía seguirse este sistema en los códigos que dan al presidente voz y voto en las deliberaciones del consejo, ya lo sea el pretor, como en Italia, ya uno de los vocales elegido por los demás, como en España, en razón á que, teniendo la obligación de votar, con su voto se ha producido el empate, y en la necesidad de resolver el conflicto, declara la ley que en ese caso, á pesar del empate, decidirá el voto del presidente. De acuerdo con el nuestro, dice el Código civil italiano en su art. 258: «El consejo acordará por mayoría absoluta de votos. En caso de empate, decidirá el voto del pretor», que es allí el presidente con voz y voto.

Queda demostrado, conforme al artículo de este comentario, que los acuerdos del consejo de familia deben tomarse por mayoría absoluta de los votos del presidente y vocales que concurran, y que no han de bajar de tres, debiendo dar su voto el presidente en todo caso; y que si, por ser par el número de los votantes, resulta empate, lo decidirá el voto del presidente. Eso no obsta para que éste, obrando con prudencia y á fin de salvar

su responsabilidad, cuando entienda que es grave, trascendental y dudosa la cuestión, aplace la resolución para otra junta, á la que en su caso convocará de precisa asistencia á los vocales que no hubieren asistido á la primera: así dará tiempo para que todos mediten el asunto y se resuelva con madura reflexión. Contra el acuerdo que se adopte podrá entablarse el recurso que concede el art. 310.

III

Qué debe hacerse cuando no haya mayoría absoluta ni empate.

Podrá ocurrir tal discrepancia en la apreciación de los vocales, que ninguno de los acuerdos propuestos se haga ejecutorio, por no reunir la mitad más uno de los votos presentes; y como la tutela depende alguna vez de condiciones cuya prestación no consiente tregua y á que el consejo necesariamente ha de proveer, es fuerza que se halle alguna salida á aquella dificultad. Regla concreta, no creemos que pueda señalarse ninguna en el Código: reglas de analogía y de prudencia, que suplan provisionalmente su silencio mientras toda la materia de este título no se reglamente, es lo único que nos aventuraremos á sugerir, para no pasar detalle de tanta cuantía enteramente en blanco.

A propósito de estos conflictos se expresaba García Goyena en los siguientes términos: «Será preciso en tales casos, á fin de obtener pluralidad absoluta, llamar para este solo efecto un nuevo miembro al consejo, si alguno de los disidentes no prefiere adherirse á una de las opiniones emitidas por el mayor número» (comentario al art. 200 del Proyecto de 1851). Esta misma cuestión ha sido objeto en Francia de las más reñidas controversias. La opinión que puede decirse dominante en aquel país, lo mismo que en Bélgica, es la que enuncian Aubry y Rau en esta forma: «Cuando en el consejo de familia se han formado más de dos opiniones, las que se encuentren en minoría deben ceder y agregarse á una de las que han obtenido mayor número de votos; si las minorías mantuviesen el mismo sufragio de an-

tes, el juez de paz podría hacer uso de la facultad que le concede el art. 414 (la de aplazar la junta, como presidente del consejo, para que concurran los vocales que hubiesen dejado de asistir), y en caso necesario, reconstituir de nuevo el consejo de familia, eliminando de él á los vocales disidentes». Quieren justificar tan rigurosa y arbitraria medida diciendo que desde el instante en que se reconoce la necesidad de una mayoría absoluta, los vocales del consejo están obligados á ponerse de acuerdo para formarla: aquellos que por aferrarse á sus opiniones individuales son un óbice para que ese resultado se logre, han de considerarse como si se negaran, en el sentido de la ley, á desempeñar el cargo que les ha sido encomendado, y no tienen por ello derecho á quejarse si son eliminados: á más que siempre les queda el recurso de alzarse contra el acuerdo tomado en ausencia suya y los tribunales decidirán si es ó no conforme al interés del menor.

Más puesto en razón parece á primera vista el arbitrio que idearon Duranton y De Fréminville y que patrocinó García Goyena: llamar al consejo, en la hipótesis del desacuerdo, un nuevo vocal en clase de componedor; por más que se le oponga con razón el que no siempre bastaría para obtener una mayoría absoluta, y además, que el Código fija de una manera taxativa el número de vocales que han de componer el consejo. Du Caurroy, Bonnier y Constain, á los cuales puede agregarse Demolombe, propusieron una solución todavía más aventurada, y que halló favor en algún tribunal de Francia: invocar la autoridad de los tribunales, para que hagan veces de consejo de familia, deliberando en lugar suyo y tomando acuerdo, que sería ejecutivo, acerca del punto controvertido; ó bien reorganizando el consejo de manera que en su composición no entre ninguno de los vocales cuya obstinación hubiere dado lugar á tal extremo. Laurent se inclina desde luego á la reconstitución total del consejo, pero por el juez de paz. Marcadé prefería darse por satisfecho con la mayoría relativa, cuando se hubiesen apurado en vano todos los medios para obtenerla absoluta.

En nuestra opinión, no es aceptable ninguna de las soluciones indicadas. Nuestro Código no permite ni autoriza la reconstitución ó reorganización del consejo de familia, ni el nombramiento de nuevos vocales, sino en el caso de que por fallecimiento ú otra causa quede reducido á menos de cinco el número de los mismos: en este caso se completará el consejo, como se ha dicho en su lugar, no para que los nuevamente nombrados intervengan tan sólo en un asunto determinado, lo cual sería ilegal, sino para todas las funciones que son propias del consejo. Y como la ley no ha previsto el caso, será preciso resolverlo por las reglas de analogía y de prudencia, según antes se ha indicado. Por fortuna, aunque posible, no será fácil que ocurra, pues dada la condición de los vocales de parientes cercanos ó amigos íntimos del sujeto á tutela ó de sus padres, es de esperar que no influya en ellos otro interés que el del beneficio del menor ó incapacitado.

Cuando la discordia sea de tal índole que no pueda llegarse á un acuerdo de mayoría absoluta, ni aun con el voto de calidad del presidente, éste aplazará la resolución para otra junta, en la que volverá á discutirse y votarse el asunto, como se practica en casos análogos, y está prevenido para los Tribunales en el artículo 351 de la ley de Enjuiciamiento civil. Este aplazamiento será de necesidad cuando haya dejado de concurrir á la junta alguno de los vocales que pueda dirimir la discordia, el cual será citado, como todos los demás, para la nueva reunión, de precisa asistencia y con indicación del objeto. Mientras tanto, los vocales meditarán con madura reflexión sobre lo más conveniente para el menor ó incapacitado, y es posible vengan á un acuerdo, prescindiendo, como deben hacerlo, de toda cuestión de amor propio y de intereses bastardos. Y si en esa segunda reunión no se consigue un acuerdo de la mayoría absoluta, ó, por lo menos, un empate, que decidirá el voto del presidente, se tendrá por desechada la proposición ó por denegada la autorización solicitada por el tutor para alguno de los actos del art. 269, y seguirán las cosas como estaban antes.

En tal caso, si el tutor entiende que es indispensable una resolución para salvar los intereses ó atender á las necesidades y fines de la tutela, podrá presentar otra proposición que pueda ser aceptada por el consejo. Esto es lo que creemos procedente, por no ser contrario á ninguna de las disposiciones del Código, y por ser el medio más racional y sencillo de resolver el conflicto indicado, si llegare á ocurrir.

Aplica el art. 305 la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Abril de 1900, decidiendo que el voto de un vocal que se abstiene de votar no debe computarse.

ARTÍCULO 306

Los vocales del consejo de familia están obligados á asistir á las reuniones del mismo á que fueren convocados. Si no asistieren, ni alegaren excusa legítima, el presidente del consejo lo pondrá en conocimiento del juez municipal, quien podrá imponerles una multa que no exceda de 50 pesetas.

I

Si pueden asistir los vocales á las juntas por medio de apoderado.

Según el artículo que acabamos de transcribir, los vocales del consejo de familia están obligados *á asistir* á las juntas cuando fuesen citados, bajo pena de pagar cierta multa; pero esa asistencia ¿ha de ser necesariamente personal, ó podrá serlo también por medio de apoderado especial? Nuestra opinión es que ha de ser personal la asistencia; pero hay quien opina que también puede ser por medio de apoderado especial.

Los que sostienen esta segunda opinión se fundan en el artículo 300, el cual autoriza para comparecer personalmente ó por medio de apoderado especial á los que sean citados por el juez municipal para asistir á la junta en que ha de formarse el consejo de familia, sin tener en cuenta la diferencia de casos, ni lo que el Código dispone para cada uno de ellos. En esa junta no

puede tratarse más que de la formación del consejo; la misión de los que á ella deben concurrir está limitada á exponer el derecho, las incapacidades ó las excusas de los llamados por el testador ó por la ley á formar el consejo; y esto bien puede hacerse sin ningún inconveniente por medio de procurador ó de apoderado; esos concurrentes nada tienen que resolver, porque la resolución corresponde al juez municipal; y por todo ello, por la urgencia de constituir el consejo y para evitar excusas y perjuicios, les permite dicho artículo que comparezcan por medio de apoderado especial si no pueden concurrir personalmente, y eso con ciertas limitaciones, como se ha expuesto en el comentario del artículo antes citado.

Las reuniones de los vocales, después de constituído el consejo, tienen otro carácter: no van allí á exponer y sostener sus respectivas pretensiones, como en la junta anterior, sino á deliberar y resolver sobre los puntos que les fueren sometidos, relacionados con la tutela: tienen realmente el carácter de un tribunal de familia, que delibera y decide, y no hay ley alguna que autorice á un juez para ejercer sus funciones por medio de apoderado. Ejercen, además, los vocales del consejo de familia un cargo de confianza, para el cual se exigen las condiciones especiales de parentesco próximo ó amistad íntima, determinadas en el art. 294, y estas condiciones, que tanto han de influir en el conocimiento y apreciación de los asuntos de la tutela para poder resolverlos en beneficio del que á ella está sujeto, no pueden transmitirse por medio de un poder especial. En estas consideraciones y en el mismo precepto de la ley nos fundamos para sostener que los vocales del consejo de familia están obligados á asistir *personalmente* á las reuniones del mismo. Si el legislador hubiera creído conveniente autorizarles para que puedan hacerlo por medio de apoderado especial, lo hubiera consignado así en el art. 306, con la misma expresión que lo hace en el 300; y como los casos no son iguales, ni aun análogos, no puede aplicarse al de aquél lo que se dispone en éste.

Si sobre este punto buscamos precedentes en las legislacio-

nes extranjeras, veremos que el Código civil de Francia, como el de Bélgica y los demás que adoptaron el de Napoleón, dice en su art. 412: «Los parientes, afines ó amigos así convocados (por el juez de paz) deberán concurrir personalmente ó por medio de apoderado especial.» Y aunque esta disposición se refería á la reunión para el nombramiento de tutor, los expositores la hacían extensiva á las demás reuniones del consejo de familia, si bien exigiendo que el poder fuese limitado para un asunto concreto, ó á lo más para los que pudieran tratarse en una sesión determinada. El Proyecto español de 1851 aceptó esa doctrina, como puede verse en su art. 197, refiriéndose también á la primera junta, en que ha de hacerse el nombramiento de tutor y de protutor. Pero los códigos más modernos, que han adoptado la institución del consejo de familia, como el de Italia de 1865 y el de Portugal de 1867, comprendiendo sin duda los inconvenientes de dicho sistema, lo modificaron; declarando aquél en su artículo 255, que «las personas llamadas á formar parte del consejo de familia deben concurrir *personalmente*»; y el portugués, en su art. 213, que «los vocales del consejo están obligados á asistir á él *personalmente*».

Este es el criterio que por las razones indicadas ha seguido nuestro Código. Al imponer á los vocales el artículo que comentamos la obligación de asistir á las reuniones del consejo, sin autorizarlos para hacerlo por medio de apoderado especial, como en el caso de excepción del art. 300, que además no se refiere á dichas reuniones, sino á la junta para nombrar los vocales, es evidente, á nuestro juicio, que les impone la obligación de asistir *personalmente*, como lo exige la índole del cargo, que es de confianza y de condiciones especiales.

II

Significado de la palabra «excusa»: cuándo debe ser alegada.

En el Código civil francés, las causas de excusa que dispensan de la tutela, no dispensan, según vimos, del cargo de vocal

del consejo: así que «excusa legítima», en su art. 413, significa «impedimento *de hecho* que no permite á los vocales asistir á la junta á que han sido citados» (Laurent). O de otro modo; la palabra «excusa» no significa en el art. 413 (asistencia de los vocales del consejo á las juntas), exactamente lo mismo que en el 440 (causas de exención para ser vocal): en aquél es sinónima de «empêchement»: en éste, de «dispense». El ilustre autor del proyecto de Código civil portugués, en su art. 214, tradujo la palabra «excuse» del 413 del Código francés tal como sonaba, «excusa», no advirtiendo que en el mismo capítulo la empleaba con otra significación (art. 233); pero la Comisión revisora sustituyó dicha palabra con las de *«causa de excusa ou de impedimento»*, que ha permitido á los comentaristas referir el primero de sus dos términos (*excusa*) en este artículo al propio significado que en el 233 tiene (causas que dispensan de la obligación de ser vocal). El mismo defecto puede atribuirse al artículo que estamos comentando por haber empleado la palabra *excusa*, cuando pudo haber expresado su pensamiento con más precisión, empleando las que usa el art. 1923 de la ley de Enjuiciamiento civil, el cual, á propósito de la organización de la junta de parientes, dice: «bajo apercibimiento de que la falta de asistencia, sin causa legítima *que la excuse ó impida*, será penada con la multa que fijará, sin que pueda exceder de 50 pesetas».

El proyecto de Código civil español de 1851, decía: «Cuando la no comparecencia proceda de *justa causa*, etc.» (art. 191); la ley de 1862 sobre consentimiento y consejo para contraer matrimonio, «su falta, cuando no tenga *causa legítima*, será castigada, etc.» (art. 5.º); y así también el Código civil italiano, «la ausencia *no justificada* se penará con una multa, etc.» (art. 255). En este sentido ha de entenderse la «excusa legítima» de nuestro artículo; no la causa de exención, por la cual una persona puede excusarse de aceptar el cargo de vocal del consejo, de que tratan los arts. 298-244, sino sencillamente hechos ó sucesos del orden físico que impiden concurrir á la junta á un vocal que estaba en la voluntad de hacerlo, tales como enfermedad grave,

fallecimiento de deudo, tempestad, avenida de río, descarrilamiento ú otra fuerza mayor, ocupación perentoria é ineludible, una vista tratándose de abogado, un día festivo tratándose de párroco, etc. Las causas de excusa de los arts. 298-244 no había para qué nombrarlas en el presente, porque si se alegaron en tiempo y fueron estimadas, el interesado no ha llegado á ser vocal; si fueron desestimadas, carecen de realidad, y, por tanto, de fuerza para eximir á ningún vocal de la obligación de ejercer el cargo en todo ni en parte; y si han sobrevenido después, no basta alegarlas, es preciso que se admitan, y, admitidas, no surten el efecto parcial de dispensar á los vocales de la asistencia á las sesiones, que es de lo que en el presente artículo se trata; dispensan á las personas llamadas por la ley de la obligación de ser vocales del consejo, al tenor de otro artículo, el 298. Se habría evitado, sin duda, toda ambigüedad dejando á la palabra «excusa» el sentido técnico que tiene en este último artículo, y empleando aquí en lugar de ella la de «impedimento», ó mejor, «causa que impida ó imposibilite», etc.

Por lo demás, aunque el artículo dice «si no existieren *ni alegaren* excusa, etc.», es claro que no basta alegar el hecho de que nació la imposibilidad de asistir á junta; es preciso, además, que justifique su certeza el interesado, si no fuese notorio, y que lo aprecie como causa legítima y suficiente el presidente del consejo, y, en su caso, el juez municipal.

¿Será preciso hacer la alegación de la causa antes de la junta, ó será lo mismo hacerlo después de ella? En opinión nuestra, debe observarse el siguiente orden: 1.º Tan pronto como el vocal sea citado, debe poner en conocimiento del presidente la causa por la cual le será imposible asistir, si ya en aquella sazón existiera y le fuere conocida. 4.º Si el impedimento sobreviene después de la citación, deberá avisarlo inmediatamente al presidente, por si conviene aplazar la reunión. 3.º Si por cualquier causa no fuese posible hacer llegar con oportunidad esa comunicación al presidente, el vocal habrá de alegar, y justificar en su caso, dos cosas: el hecho que motivó la no comparecencia, y

el hecho que impidió dar parte de ella antes del día señalado para la sesión.

III

Falta de asistencia: multa con que ha de castigarse: caso de ausencia habitual.

No concurriendo más de dos vocales, incluso el presidente, es claro que no puede celebrarse junta; si concurren tres, cuatro ó más, pero no todos, puede el presidente optar por una de estas tres soluciones: 1.ª Celebrar desde luego la junta y tomar acuerdo sin más aplazamientos ni citaciones. 2.ª Aplazar su celebración á día incierto, dependiente de nueva citación, á fin de dar tiempo á que los ausentes sanen ó regresen. 3.ª Aplazarla para día determinado, fijado ya desde luego, en cuyo caso no será preciso citar más que á los ausentes. Todo sin perjuicio de imponer á éstos la multa que proceda cuando no justificaren ó no hubieren alegado alguna causa legítima de su ausencia

No es el presidente del consejo quien impone la multa, pues carece de autoridad coercitiva, como ya se ha dicho, y ni siquiera quien decide que ha de imponerse; sus facultades se limitan á denunciar al juez municipal este doble hecho: que tal ó cual vocal no compareció, y que no ha alegado causa para justificar la no comparecencia, ó que la alegada no es legítima ó suficiente. El juez, previa audiencia del interesado, apreciará si debe ó no imponerse multa, y, caso afirmativo, el importe de ella. El juicio que el presidente del consejo haya podido formar y su requerimiento al juez no constituyen para éste un pie forzado, ni le obligan absolutamente en nada. Si resulta que el denunciado dejó de comparecer sin causa, ó que la hubo, pero no la comunicó pudiendo al presidente, deberá el juez municipal imponerle la multa que considere proporcionada al grado de la culpa, sin exceder el máximum legal. El Código portugués señala límites máximo y mínimo (500 á 5.000 reis); el español sólo fija el máximum de 50 pesetas. En cuanto á lo demás, incluso el procedi-

miento, nos remitimos á lo dicho en el comentario al art. 300, párrafo segundo.

La multa debe imponerse tantas veces cuantas sean las faltas de asistencia de un mismo vocal, salvo agravarla en las reincidencias hasta tocar el máximum. El Código de Toscana decía: «Esta multa puede ser diaria, mientras dure la resistencia, ó consistir en una suma pagadera de una vez» (ley é instrucción citadas de 1838), y añadía: «Los vocales cuya ausencia haya obligado á aplazar la celebración de la junta, serán responsables del perjuicio seguido al menor por causa de este aplazamiento, á menos que prueben que hubo motivos graves que les impidieron asistir y apoderar á otro.» Esta responsabilidad es asimismo exigible en España por virtud del art. 312 de nuestro Código (negligencia culpable).

Indicaremos, por último, que si el vocal persevera en su abstención, será forzoso eliminarlo del consejo, El Código civil italiano lo tiene previsto: «en caso de ausencia habitual de un individuo del consejo, deberá el pretor sustituirlo por otro; si además dicha ausencia no se funda en una causa justa y permanente, le denunciará al fiscal, quien habrá de pedir que se le imponga una multa que puede ascender hasta 500 pesetas» (artículo 255). También en España, el vocal que se encuentre en dicho caso deberá ser sustituído por otro, según dejamos dicho en el comentario del art. 298 (págs. 560 y sigs.), donde podrá verse también el procedimiento que, á nuestro juicio, habrá de seguirse para la remoción.

ARTÍCULO 307

Ningún vocal del consejo de familia asistirá á su reunión, ni emitirá su voto, cuando se trate de negocio en que tengan interés él, sus descendientes, ascendientes ó consorte; pero podrá ser oído, si el consejo lo estima conveniente.

El Código había previsto el caso de que hubiese oposición entre los derechos é intereses del sujeto á tutela y los intereses

del tutor, disponiendo que hiciese veces de tal en esta hipótesis el protutor (art. 236, párrafo 2.º): había que prever asimismo el caso de que hubiese igual oposición entre los intereses del menor y los de los vocales del consejo de familia, á fin de que en ningún caso resultaran éstos siendo jueces en causa propia, y convertido en arma contra los menores el mismo organismo que la ley había creado para protegerlos. Ya en el título anterior ocurrió la necesidad de resolver este problema en un caso particular, y dispuso la ley que los parientes que hubiesen solicitado la declaración de incapacidad por demencia, sordomudez, etc., no podrán informar á los tribunales acerca de ella como miembros del consejo de familia; pero tienen derecho á ser oídos por éste cuando lo soliciten (art. 217); ó lo que es igual (como dice el Código italiano, art. 327), no podrán formar parte del consejo ni asistir á sus juntas, sino en concepto de informantes, hasta que se haya pronunciado sentencia definitiva. Tal es el principio que consagra ahora nuestro art. 307 para toda clase de asuntos ó negocios en que tengan interés á la vez el sujeto á tutela y uno ó más vocales ó parientes de vocales.

El Código francés no contiene regla alguna de carácter general acerca de esta materia, habiendo tenido que suplirlo por vía de generalización y de analogía los intérpretes y la jurisprudencia. En esto lleva innegable ventaja nuestro Código. Pero el artículo puede dar margen á errores de interpretación, y para evitarlos, nos haremos cargo de los conceptos que contiene, explicando sus palabras en el sentido que creemos deben entenderse.

1.º «Cuando se trate de negocio *en que tengan interés él, sus descendientes*, etc.» Esta expresión acaso sea deficiente para lo que quiso significarse, porque es claro que si el interés que el vocal tenga en el negocio no es contrario al del pupilo, sino al revés, armónico y uno mismo con él, la aplicación del artículo sería improcedente. Muy bien dice el Código portugués, «negocios en que ellos (los vocales, sus ascendientes, etc.) tengan interés propio *y opuesto* al interés de los menores» (art. 218). Pero

aunque nuestro artículo lo calle, ha de sobreentenderse así, por virtud del 236, que entre las obligaciones del protutor incluye, según queda dicho, la de «sustentar los derechos del menor, en juicio y fuera de él, siempre que estén *en oposición* con los intereses del tutor». Siendo común á los dos casos la razón de suspenderse ó limitarse el cargo, no puede ser el criterio diferente.

2.º «Podrá ser oído *si el consejo lo estima conveniente*» (1). El artículo 217 concede al vocal que se halla en este caso «derecho á ser oído por el consejo de familia cuando lo solicite». Es lo racional, y debió repetirse aquí; y el consejo que sea previsor obrará siempre en esta forma, lo mismo que si se lo impusiera como obligación la ley, entre otras razones, porque excusará con ello rozamientos y disensiones, y, sobre todo, alzadas, que es decir gastos y pérdidas de tiempo.

3.º «Negocio en que tengan interés *él* (el vocal), *sus descendientes, ascendientes ó consorte.*» Mejor es esto que lo que dice el Código italiano: «los individuos del consejo no tomarán parte en los acuerdos en que tengan un interés personal» (art. 259); pero todavía podrá ser insuficiente; en el hecho de decir «consorte (del vocal) excluye á sus nueras y madrastras; además no incluye á los hermanos, y siendo los vocales parientes del menor en quinto ó sexto grado, y más aún si son extraños, es muy de temer que inclinen el ánimo y el voto á favor de sus hermanos, hijastros, etc., en detrimento del sujeto á tutela. La ley de Enjuiciamiento civil incluye entre las causas de recusación de los árbitros, jueces, magistrados, etc., el parentesco de consanguinidad ó afinidad dentro del cuarto grado civil. No habría estado de más haber hecho extensiva á estos parentescos la prohibición del presente artículo; pero como no la establece la ley, es preciso atenerse á su letra, y dejar á la conciencia, rectitud y delicadeza de los vocales el abstenerse en tales casos.

(1) Así decía también el Proyecto de Código civil español de 1851 (artículo 201), y así dice el Código civil portugués (art. 218).

Y ahora una duda: ¿han de considerarse exceptuados de la suspensión parcial prevenida por este artículo los vocales que litiguen con el menor sobre la propiedad de sus bienes y los que le adeuden sumas de consideración, cuando el padre, ó la madre, en su caso, con conocimiento del litigio y de la deuda, los designaron para aquel cargo en su testamento? (art. 237, párrafos 9 y 10). Creemos que ha de distinguirse entre dos hipótesis: si los padres se limitaron á levantar el entredicho de la ley, nombrando vocales *in genére* á las personas en quienes aquella circunstancia concurre, regirá la regla general del presente artículo, y, por tanto, no podrán tales vocales emitir voto alguno en las juntas relacionadas con el litigio ó con la deuda que causaba la incapacidad subsanada por el testamento; pero si no se limitaron á la simple designación, sino que les facultaron especialmente para intervenir en esos como en los demás negocios de la tutela, tendrá lugar la excepción, salvo si el resultado de ello hubiere de ser menoscabarse la legítima del menor ó incapacitado, que en tal caso el acuerdo en que tales vocales hubiesen influído con su voto, aun mediando expresa autorización de los padres, adoleceria de nulidad insubsanable.

¿Qué procedimiento deberá emplearse para el cumplimiento de este artículo? Lo más correcto y digno será que el vocal incompatible se abstenga de asistir á la reunión, poniéndolo en conocimiento del presidente, con expresión del motivo, sin perjuicio de concurrir á ella para ser oído, si fuere citado con este objeto por acuerdo del consejo; y si se hiciese cargo de su incompatibilidad después de reunido el consejo, al darse cuenta del asunto se retirará voluntariamente con la venia del presidente, después de ser oído, si lo estima conveniente, el consejo. Pero si el vocal interesado no se abstiene voluntariamente, podrá ser recusado de palabra ó por escrito ante el consejo por cualquiera de los vocales, ó por el tutor, protutor ó el interesado en el asunto: como cuestión previa, se tratará en el consejo de la recusación, oyendo sobre ella al recusado, y se llevará á efecto lo que el consejo acuerde sobre ese punto, sin perjuicio del recurso

de alzada ante el juez de primera instancia, que permite el artículo 310 contra las decisiones del consejo.

La recusación ha de fundarse precisamente en alguna de las causas determinadas en el artículo que comentamos, con exclusión de cualquiera otra; esto es, que en el asunto de que se trate tenga interés el vocal, ó alguno de sus descendientes ó ascendientes, ó su cónyuge, y que ese interés sea opuesto al del sujeto á tutela, y el recusante tendrá que probar la certeza del hecho si lo niega el recusado. En la abstención voluntaria, creemos habrá de estarse á la apreciación que haga de su incompatibilidad el mismo vocal que la alegue como cuestión de delicadeza, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir, conforme al art. 312, si se causaren perjuicios al menor ó incapacitado y se probare que aquél había procedido con malicia ó que era falsa la causa alegada.

El vocal que se halle en dicho caso no puede asistir á la reunión ó reuniones que celebre el consejo para tratar del asunto en que aquél sea incompatible, á no ser que éste estime conveniente oirle, en cuyo caso se le citará ó se le permitirá continuar, si hubiese concurrido; pero dadas las explicaciones que le pidan los demás vocales sobre aquel asunto, deberá retirarse sin tomar parte en la votación ni presenciarla. La deliberación y votación corresponde en tal caso á los demás vocales, siempre que con el presidente lleguen al número de tres, que es el necesario para adoptar resoluciones según el art. 305. Si los hábiles no llegasen á este número, no vemos otra solución legal, que la de poner el hecho en conocimiento del juez municipal para que, convocando la junta que previene el art. 300, haga el nombramiento de los vocales conforme al 294, que hayan de suplir á los incompatibles. Como éstos no pierden por eso su calidad de vocales para los demás asuntos, sus suplentes sólo podrán intervenir en el asunto para que fueron nombrados. Si uno de los incompatibles fuese el presidente, en la primera reunión elegirán los vocales el que de ellos haya de desempeñar interinamente dicho cargo.

Podrá suceder que por inadvertencia, por ignorancia ó por malicia, no se abstengan ni sean recusados vocales en quienes concurra la causa de recusación prevenida en el presente artículo, ó que se proponga la recusación ante el consejo de familia, pero no la admita éste y el que la propuso se aquiete, sin insistir en su pretensión, deduciéndola después ante el juzgado para impugnar la decisión. Creemos que los acuerdos tomados en tal hipótesis por el consejo, adolecerán de nulidad con más razón aún que aquellos en que se han infringido los artículos 294 y 295; pero esa nulidad, ¿pueden subsanarla los tribunales? Entendemos que sí, siempre que concurran estas dos circunstancias: 1.ª, que la nulidad no haya sido debida al dolo; 2.ª, que no se haya causado perjuicio al menor ó incapacitado. Es aplicable á este caso la doctrina que hemos desarrollado en el comentario al artículo 296, y á ella nos remitimos.

La Resolución de la Dirección de los Registros de 4 de Septiembre de 1897, sienta sobre este artículo la doctrina siguiente:

Cualquiera que sea la interpretación que se dé á la palabra *negocio* empleada en el art. 307, es indiscutible que la incapacidad en éste establecida no puede tener más fundamento que el deseo del legislador de que los vocales procedan con entera imparcialidad y evitar el peligro de que el menor ó incapacitado sufra algún perjuicio, si emiten su voto respecto de algo en que aquéllos estén interesados. Es de evidencia el interés de todos los llamados á una herencia en la partición y adjudicación de la misma; por tanto, el voto emitido por tres vocales hermanos de una incapacitada y coherederos de la misma en la reunión del consejo en que se aprobó la partición, ha de estimarse nulo, y estando en su consecuencia aprobada sólo por dos, no hay acuerdo válido, según lo dispuesto en el art. 305.

De aquí arranca una cuestión interesante que, naturalmente, no se resuelve en la citada decisión, limitada á negar validez al acto y no dirigida á indicar el remedio. Dada la constitución del consejo de familia, no deja de ser relativamente fre-

cuente el caso que motivó la Resolución; tres, cuatro, ó todos los vocales de un consejo suelen ser incompatibles para aprobar la partición en que se hallen interesados menores, coherederos y parientes suyos. ¿Quién aprueba esa partición? Pueden escogerse dos caminos: uno el que indicaba el Registrador al apoyar su negativa en la citada Resolución, consistente en designarse nuevos vocales del consejo de familia para completar el número suficiente á fin de conseguir la aprobación; otro, someter las particiones á la aprobación judicial. En el comentario del artículo 305 hemos desechado la primera de estas soluciones, como ilegal, y mantenemos nuestro criterio. Lo procedente en tal caso es la aprobación judicial: el consejo de familia es uno solo siempre para todas las funciones propias de su cargo; en todos aquellos asuntos en que no puede intervenir por cualquier circunstancia, la protección de los menores ha de quedar encomendada, como antes de regir el Código, á la autoridad judicial. El art. 1060 no se opone, antes bien, confirma esta solución, con la cual están también conformes otros comentaristas.

Después de publicada la anterior edición de este tomo se ha publicado la sentencia del Tribunal Supremo de 1.º de Febrero de 1906, que examinamos en el comentario del art. 1060, según la cual la aprobación de particiones de herencia en que haya interesados menores sujetos á tutela ó incapacitados, no corresponde al consejo de familia, sino á la autoridad judicial. Si tal es la regla, la incompatibilidad de uno ó varios vocales del consejo, en el asunto, resulta indiferente, porque no son ellos en caso alguno, los que deben aprobar la partición.

ARTÍCULO 308

El tutor y el protutor tienen obligación de asistir á las reuniones del consejo de familia, pero sin voto, cuando fueren citados. También podrán asistir siempre que el consejo se reuna á su instancia.

Tiene derecho á asistir y ser oído el sujeto á tutela siempre que sea mayor de catorce años.

Resulta del presente artículo y del 236, que el tutor y protutor tienen unas veces *obligación* y otras solamente *derecho* de asistir á las juntas ó reuniones del consejo de familia. Tienen esa obligación cuando sean citados para ello, lo que sucederá siempre que el consejo estime conveniente oir al tutor y al protutor, ó á cualquiera de ellos, sobre el asunto que haya de ventilarse; y tienen el derecho de asistir respectivamente siempre que el consejo se reuna á su instancia. Lo tiene además el protutor para asistir á las deliberaciones del consejo, sin limitación, según el párrafo último del art. 236.

Para el cumplimiento de aquella obligación será indispensable que cuando el consejo estime conveniente oir al tutor, ó al protutor, ó á los dos, los cite el presidente en la misma forma que ya se ha expuesto respecto de los vocales, con expresión del día, hora y sitio en que haya de celebrarse la reunión y del asunto de que ha de tratarse. Y para que puedan ejercitar, si lo creen conveniente, el derecho de asistir, cuando el consejo se reuna á instancia de cualquiera de ellos, será también indispensable que el presidente haga saber al que hubiere deducido esa solicitud, el día, hora y sitio en que se reunirá el consejo. De otro modo no podrían cumplir aquella obligación, ni ejercitar este derecho. Deben, además, practicarse esas diligencias, la citación, porque la previene el artículo que estamos examinando, y la notificación, porque debe hacerse á todo el que presenta una instancia de la resolución que á ella hubiere recaído.

¿Deberá hacerse igual notificación al protutor respecto de todas las reuniones del consejo, puesto que tiene el derecho de asistir á todas ellas, según se ha dicho? Si el protutor manifiesta al presidente su propósito de asistir á todas las deliberaciones del consejo, ó á las que versen sobre uno ó varios asuntos, deberá hacérsele dicha notificación para que pueda concurrir; pero sin esa manifestación, creemos que no. El párrafo último del art. 236 dice que *puede asistir*, con lo cual se le declara el derecho, del que podrá hacer uso cuando lo estime conveniente; pero no impone, ni se deduce de él, la obligación de citarlo para

todas las reuniones, y por eso insistimos en que el protutor no debe ser citado ni notificado sino cuando lo acuerde el consejo, y cuando éste se reuna á instancia de aquél ó lo hubiere solicitado.

Dice el artículo que cuando el tutor y el protutor asistan á la junta por obligación, en razón á haber sido llamados y citados por el presidente, carecerán de voto. ¿Es que lo tendrán cuando el consejo se reuna á su instancia? Tampoco, aunque el artículo no lo diga: es indudable que tienen voz en la junta, pues tal implica el derecho de asistencia: si, además de eso, pudiesen tomar parte en las votaciones, resultaría que oficiaban de vocales del consejo, contra lo que expresamente dispone el art. 299. El párrafo último del 236 ya citado, lo previene expresamente respecto del protutor: «El protutor puede asistir á las deliberaciones del consejo de familia y tomar parte en ellas; pero no tiene derecho á votar.» Lo mismo ha de entenderse respecto del tutor, porque ambos se hallan en el mismo caso.

Según vimos, el vocal que ha sido citado con la debida oportunidad, y pudiendo no concurre á la junta, puede ser castigado con una multa que no exceda de 50 pesetas (art. 306): ¿ha de hacerse extensiva esta sanción al tutor y al protutor en los casos en que su asistencia á las juntas sea obligatoria? El Código no lo ordena, ni autoriza al consejo ni al juez municipal para corregir con multa la falta de asistencia del tutor y protutor, y como la multa es una pena, no puede imponerse sino por disposición legal. El Código civil de Italia castiga con multa esa falta, porque allí el tutor y el protutor forman parte del consejo de familia (arts. 251 y 255); pero el de Portugal, donde no tienen ese carácter, contienen disposiciones análogas á las de nuestro Código (arts. 214 y 215). No por eso pueden quedar impunes el tutor y el protutor que falten al cumplimiento de esa obligación: aparte de la responsabilidad de los daños y perjuicios que puedan causar al menor ó incapacitado, esa negligencia podrá ser causa de remoción, conforme al núm. 4.º del art. 238.

Declara también el presente artículo que «tiene derecho á

asistir y ser oído (en las reuniones del consejo de familia) el sujeto á tutela, siempre que sea mayor de catorce años». Presume la ley, con razón, que la persona que pasa de esta edad, tiene discernimiento suficiente para que pueda ayudar á los vocales en la elaboración de sus acuerdos; y viceversa, para que, oyéndoles á ellos, madure su propio juicio, se adiestre en el manejo de sus intereses y persona, y recoja impresiones con que apreciar en su día el modo como sus bienes fueron administrados y regidos por sus guardadores. En esa presunción se fundaba la distinción entre la tutela y la curatela, establecida en nuestro antiguo derecho de acuerdo con el romano.

El Código de Italia (art. 251, párrafo último) y el de Portugal (art. 212) contiene una disposición análoga á la que estamos examinando, ampliando aquél la edad á los diez y seis años cumplidos, y fijándola el de Portugal en los catorce, como el nuestro. Aquél habla del *menor*, y éste del *pupilo*, refiriéndose, al parecer, al caso en que se haya constituído la tutela por razón de la menor edad. Nuestro Código ha ampliado su disposición á todos los casos de tutela: *el sujeto á tutela*—dice—y como lo están todas las personas determinadas en el art. 200, es claro que á todas ellas se refiere, pero habrá de aplicarse, con la condición racional, que siempre se supone en la ley, de que sea posible ejecutar lo que en ella se ordena. Ninguna dificultad puede ofrecer la asistencia al consejo del menor que haya cumplido catorce años, ni la del declarado pródigo, y como uno y otro tienen juicio y discernimiento bastante para exponer lo que les convenga, se les concede el derecho de asistir y ser oídos, á fin de que el consejo pueda resolver con más acierto. No se hallan en el mismo caso los locos ó dementes, ni los sordomudos que no saben leer y escribir, y aunque la ley les concede ese derecho, del que quizás puedan hacer uso aquéllos en algún intervalo lúcido, por regla general no podrán utilizarlo, por no permitirlo su desgraciada situación. Y lo mismo sucederá á los que estén sufriendo la pena de interdicción civil, pues aunque se hallen en el pleno ejercicio de sus facultades intelectuales, están privados

de libertad por la pena principal de cadena perpetua ó temporal, de las que es accesoria la de interdicción civil, y la ley no permite que salgan del establecimiento penal en que la estén sufriendo para comparecer ante el consejo de familia.

Nuestro artículo concede ese derecho á todo el que esté sujeto á tutela y sea mayor de catorce años, sin ninguna otra limitación, ¿Supone esto la obligación de citarle á todas las reuniones del consejo, ó de notificarle el día, hora y sitio en que hayan de celebrarse? Resolvemos esta duda en el mismo sentido consignado anteriormente respecto del protutor; la ley declara aquel derecho, pero no impone esta obligación, y, por consiguiente, nuestra opinión es que sólo deberá ser convocado á la junta ó reunión del consejo el sujeto á tutela cuando manifieste su propósito de hacer uso de aquel derecho, y también siempre que el consejo estime conveniente oirle y acuerde que se le cite con este objeto.

No encuentra apoyo nuestra opinión en el Código de Italia; éste dice en el artículo antes citado que el «menor, una vez cumplidos los diez y seis años, tendrá derecho á asistir, aunque sin voto, á las sesiones del consejo de familia, *cuya reunión se le notificará al efecto*». El de Portugal, con mejor acuerdo, concede también ese derecho al pupilo mayor de catorce años, pero sólo «cuando se trate de negocios de mayor importancia, y *no estando ausente*—añade—se le convocará para que pueda, si quiere, usar de aquel derecho». Este es el criterio que creemos debe seguirse en España, por ser de sentido común y estar en armonía con las disposiciones de nuestro Código.

Por consiguiente, siempre que en el consejo haya de tratarse algún asunto de importancia para la persona ó bienes del sujeto á tutela, si éste tiene capacidad para ser oído, deberá ser convocado con este objeto, y en algunos casos aunque no haya cumplido los catorce años, como deberá hacerse cuando se trate de imponerle algún castigo ó de determinar la carrera ú oficio á que haya de dedicarse (núms. 1.° y 2.° del art. 269). En tales casos acordará la citación el consejo, aunque nadie la haya soli-

citado, como puede acordar la del tutor y protutor. También deberá ser convocado el mayor de catorce años á las reuniones del consejo que se celebren á su instancia, y á todas cuando manifieste su propósito de hacer uso del derecho que le concede el presente artículo y se halle en el lugar de la tutela: así tendrá ocasión de dar cuenta á los vocales del modo como se conduce el tutor en el desempeño de su cargo, tocante á su alimentación, educación, castigos, gobierno de los bienes, etc. No porque se haya creído innecesario trasladarla á nuestro Código deja de estar conforme en espíritu con esta humanísima disposición que el Código italiano (art. 280) copió del de Cerdeña (art. 314): «Si el tutor abusa de su autoridad ó descuida las obligaciones de su cargo, podrá el menor quejarse al consejo de familia.» Pero si está ausente, creemos, con el Código portugués, que no debe ser convocado, quedando á la prudencia del consejo aplazar aquellos asuntos en que sea conveniente oir al interesado para cuando pueda comparecer. Supongamos que el menor está siguiendo su carrera en un colegio ó universidad, y acaso en el extranjero: ¿puede tolerarse que el derecho á asistir y ser oído en el consejo, le sirva de pretexto para abandonar sus estudios y hacer un largo viaje? Esto sería absurdo, y no puede suponerse que lo autorice la ley: el ejercicio de ese derecho está subordinado, como el de todos los derechos, al cumplimiento de los deberes que lo hagan impracticable.

ARTÍCULO 309

El consejo de familia conocerá de los negocios que sean de su competencia conforme á las disposiciones de este Código.

Ni en los códigos extranjeros, ni en el Proyecto español de 1851, se encuentra una disposición igual á la del presente artículo: la creyeron acaso innecesaria, dando por supuesto lo que en él se ordena. No huelga, sin embargo, por ser de importancia la declaración que contiene, dirigida á evitar intrusiones

y abusos: ya sabe el consejo de familia que no puede conocer de otros asuntos ó negocios más que de aquellos que sean de su ocmpetencia conforme á las disposiciones de este Código. En él se determinan expresamente los casos y negocios en que ha de intervenir el consejo, y si se mezclase en algún otro, sería nulo lo que acordase por falta de competencia.

Aunque el artículo dice «conforme á las disposiciones de este Código», ha de considerarse extensivo á lo que se disponga en leyes especiales, que declara subsistentes el mismo Código. En este caso se halla, según su art. 429, la ley sobre propiedad intelectual de 10 de Enero de 1879. Por el art. 44 de dicha ley se prohibe la reimpresión ó publicación de una obra después de transcurridos los plazos señalados para que el autor conserve su propiedad, cuando éste manifieste en forma solemne su voluntad de que aquella obra no vea la luz pública; y el mismo derecho se concede al heredero, siempre que lo haga *de acuerdo con el consejo de familia*. Este consejo es hoy el establecido por el Código, según la declaración hecha en el art. 46 del reglamento para la ejecución de dicha ley, aprobado en 3 de Septiembre de 1880. Por consiguiente, entra también este negocio entre los que son de la competencia del consejo de familia, aunque el Código no lo menciona expresamente.

Fácil sería, con un poco de paciencia y de trabajo, formar el resumen ó relación de los negocios que, según el Código, son de la competencia del consejo de familia, para presentarlo aquí como complemento de este comentario; pero consideramos que ese trabajo sólo conduciría á llenar algunas páginas, sin ninguna utilidad práctica. El que desee conocer la intervención que corresponda al consejo en un negocio determinado, y los efectos de su acuerdo ó resolución, naturalmente no consultará el presente artículo, sino aquél ó aquéllos que traten de la materia, y como en sus respectivos comentarios se encontrará la exposición de la doctrina conducente al caso, á ellos nos remitimos para evitar repeticiones.

ARTICULO 310

De las decisiones del consejo de familia pueden alzarse ante el juez de primera instancia los vocales que hayan disentido de la mayoría al votarse el acuerdo, así como también el tutor, el protutor ó cualquier pariente del menor ú otro interesado en la decisión, salvo el caso del art. 242.

I

Decisiones del consejo de familia que son reclamables ante el juez de primera instancia: regla general: excepciones.

Hemos visto que el Código enumera y especifica en varios artículos las funciones que el consejo de familia está llamado á desempeñar. Algunos de esos artículos consignan expresamente la facultad que el tutor tiene de impugnar el acuerdo ó acuerdos del consejo recaídos en los asuntos de su competencia: «declarada la incapacidad ó acordada la remoción del tutor por el consejo de familia, se entenderá consentido el acuerdo cuando el tutor no formule su reclamación ante los tribunales en los quince días siguientes» (art. 240); «contra los acuerdos del consejo de familia señalando la cuantía ó haciendo la calificación de la fianza, podrá el tutor recurrir á los tribunales» (art. 255); «contra el acuerdo en que se fije la retribución del tutor, podrá éste recurrir á los tribunales» (art. 276); «si el tutor no se conformase con la resolución del consejo (censurando las cuentas), podrá recurrir á los tribunales» (art. 279). Otros artículos, por el contrario, pasan en silencio esta circunstancia, no previniendo si es lícito impugnar ó no los acuerdos del consejo, tal como, por ejemplo, el 256, sobre los actos administrativos que aquél ha de encomendar al protutor mientras se constituye la fianza; el 268, sobre el señalamiento de la pensión alimenticia del menor ó incapacitado; el 269, sobre los actos que el tutor no puede ejecutar sin autorización del consejo de familia; el 282, sobre censura

de las cuentas generales de la tutela á la conclusión de ésta, etc. Nace de aquí una doble duda, á saber: 1.º Si en los casos del primer grupo de artículos pueden interponer el recurso de alzada otras personas además del tutor: 2.º Si cabe alzarse también de los acuerdos del consejo en los casos del segundo grupo de artículos.

Estas dudas se resuelven racional y justamente por el artículo 310 que acabamos de transcribir. Porque, ¿qué razón habría para admitir el recurso del tutor contra el acuerdo en que se fija su retribución por el consejo, y no contra el acuerdo en que se fija la pensión alimenticia del menor; para admitirlo contra la censura de las cuentas anuales y no contra la censura de las cuentas generales; ó para admitir las alzadas del tutor contra los acuerdos que á juicio suyo le perjudican, y no para admitir, v. gr., las del protutor contra esos mismos acuerdos cuando á su juicio perjudican al menor? Todas estas deficiencias se suplen, y todas aquellas dificultades se desvanecen con el artículo 310, verdadero denominador común de los anteriores que tratan de atribuciones y acuerdos del consejo: según él, pueden alzarse de *toda* clase de acuerdos del consejo el *tutor*, y además el *protutor*, los *vocales* que quedaron en minoría, los *parientes* del menor ó incapacitado, y los *interesados* en la decisión ó acuerdo objeto del recurso.

No podía menos de ser así, so pena de ahogar y esterilizar esta institución al peso abrumador de un privilegio contrario á la razón jurídica más elemental; y se comprende que todos los países donde se halla organizada tengan admitido este mismo recurso, ora en los Códigos civiles, ora en los procesales. El artículo 883 del Código de procedimiento de Francia dispone que «el tutor y el protutor ó curador, así como los vocales del consejo, podrán recurrir contra las resoluciones de éste, dirigiendo su demanda contra la mayoría que las votó, sin que sea preciso celebrar previamente acto de conciliación». Lo mismo el artículo 883 del Código de procedimiento civil de Bélgica. El art. 273 del Código civil sardo reproducía casi literalmente esta disposi-

ción, y de él ha pasado al Código civil italiano, art. 260. El de Portugal declara también en su art. 226 que «contra las decisiones del consejo de familia podrán recurrir ante el consejo de tutela el tutor, el protutor, el curador de los huérfanos, y cualquier pariente del menor ó extraño interesado en la decisión».

Con estos precedentes y por las razones antes expuestas, nuestro Código, además de declarar en casos concretos que afectan directamente al tutor, que éste pueda reclamar contra las decisiones del consejo de familia, establece en el presente artículo la regla general de que *todas* las decisiones de dicho consejo son reclamables ante el juez de primera instancia del partido por las personas que en él se determinan, y que ya hemos indicado, *salvo el caso del art. 242*; excepción que confirma la regla general.

Los intérpretes belgas y franceses se hallan divididos respecto á la extensión que debe darse al art. 883 ya citado de su Código de procedimiento, correspondiente al 310 de nuestro Código civil. El consejo de familia, allí como aquí, ejerce dos clases de funciones: 1.°, funciones de inspección, de intervención y de vigilancia; censura de las cuentas de la tutela, autorización al tutor para vender, litigar, transigir, etc., etc.; 2.°, funciones propias de la patria potestad; nombramiento y remoción del tutor y protutor, aprobación del tutor nombrado por la madre binuba para los hijos del primer matrimonio, imposición de castigos al sujeto á tutela, determinación de la carrera ú oficio que ha de darse al menor, concesión del beneficio de la mayor edad, consentimiento para contraer matrimonio. etc. Hay autores, como Duranton, Taulier, Chardon, Demolombe, Aubry y Rau, en cuya opinión el art. 883 citado se refiere únicamente á las materias del primer grupo: los acuerdos recaídos en asuntos del segundo son inapelables (por razones de fondo, se entiende); el consejo de familia se halla subrogado en lugar del padre, y sus decisiones han de tener el mismo carácter de imperio absoluto que habrían tenido las de éste. Otros, por el contrario, Delvincourt, Merlin, Zachariae, Laurent, no encuentran esa analogía

que se pretende entre el padre y el consejo de familia; el legislador no ha puesto en éste la misma confianza ni le ha dado tan amplias facultades; si es admisible la alzada contra una resolución sobre venta de un pedazo de tierra, con más razón ha de serlo contra el nombramiento ó la remoción de un tutor, que tiene harto más importancia; nada permite sospechar que el legislador haya querido limitar el alcance del art. 883 antes citado á la administración de los bienes de la tutela, con exclusión del personal de la misma y de los intereses morales y materiales del menor. La jurisprudencia de los tribunales de Bélgica y de Francia vacila entre una y otra tesis, aunque sin ocultar sus inclinaciones hacia la última.

Nuestro Código es bastante explícito y terminante en este respecto para que pueda moverse sobre ello controversia. El artículo 310 reconoce á ciertas personas el derecho de alzarse de las decisiones del consejo de familia, sin hacer distinción entre personal y material; por consiguiente, todas son reclamables ante el juez de primera instancia, como ya se ha dicho. Esta es la regla general, sin más excepciones que las establecidas expresamente por la ley, y las que se deducen de la índole y objeto del acuerdo. Veamos cuáles son estas excepciones.

Sólo de una hace mención el artículo que estamos comentando: de la establecida en el 242. Se refiere este artículo al caso en que el consejo tenga que resolver sobre la incapacidad ó remoción del tutor ó protutor, y para este caso ordena que «cuando la resolución del consejo de familia sea favorable al tutor y *haya sido adoptada por unanimidad*, no se admitirá recurso alguno contra ella». Lo mismo ha de entenderse respecto del protutor.

Otra excepción encontramos en el art. 49. Según él, *no se da recurso alguno* contra el disenso de las personas llamadas á prestar su consentimiento para el matrimonio de los menores; á falta de padres y de abuelos corresponde al consejo de familia prestar dicho consentimiento (art. 46); luego este caso es otra excepción de la regla general del art. 310, aunque en él no se mencione.

Con exclusión de estos dos casos, son reclamables ante el juez de primera instancia todas las decisiones del consejo de familia, ya afecten á la persona, ya á los bienes del sujeto á tutela, y lo mismo si se toman los acuerdos por unanimidad que por mayoría, pues en ambos casos pueden causar perjuicio ó ser dictados en contravención de la ley. Pero téngase presente que el artículo que estamos comentando emplea la palabra *decisiones* para dar á entender que sólo procede ese recurso contra los acuerdos del consejo que decidan ó resuelvan sobre asuntos de su competencia, propios de la tutela; pero no cuando el voto del consejo sea meramente consultivo, sin facultades para decidir, como sucede en el caso del art. 216 para la declaración de incapacidad, respecto de la cual corresponde al juez la resolución. Lo mismo habrá de entenderse cuando no puedan ejecutarse las determinaciones ó acuerdos del consejo de familia sin la aprobación judicial, como sucede en el caso del art. 243; en tales casos, el que se proponga impugnar el acuerdo deberá exponer sus razones al juez de primera instancia para que no le preste su aprobación; y si es aprobado, podrá utilizar contra el auto del juez los recursos ordinarios que permite la ley de Enjuiciamiento civil en los asuntos de jurisdicción voluntaria.

Esta doctrina es también aplicable á los casos de los artículos 178 y 322. Según aquél, á falta de padres y de abuelos, corresponde al consejo de familia dar el consentimiento para la adopción del menor, y sin este requisito no puede aprobarla el juez; y según el segundo, á falta de padre y madre corresponde á dicho consejo conceder al menor el beneficio de la mayor edad, con aprobación del presidente de la Audiencia territorial. Ambas facultades son discrecionales, y por esto no establece la ley, ni debía establecer recurso alguno contra ellas. Si el acuerdo del consejo es favorable á la adopción ó al beneficio de la mayor edad, no produce su efecto si no merece la aprobación de la autoridad judicial, la cual apreciará si es ó no conveniente al menor; y si fuere negativo, no se lesiona ningún derecho, puesto que el menor seguirá en el estado civil que le corresponde conforme á la ley.

Por último, es evidente que el recurso de alzada contra los acuerdos del consejo se concede en interés del menor ó incapacitado y para su mejor protección y amparo, no para decidir cuestiones sin importancia relacionadas con el orden interior de dicho consejo y sin transcendencia para aquéllos. De aquí la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Junio de 1900, según la cual la facultad de acudir á los Tribunales en alzada pidiendo la nulidad de acuerdos del consejo no es absoluta, ni autoriza para impugnar esos acuerdos por causas puramente formales y de orden interior, sino en cuanto interesen ó afecten á derechos propios de los reclamantes ó de las personas y bienes del incapacitado.

Fuera de los casos indicados, exceptuados unos por mandato expreso de la ley, y los otros por deducción del carácter y efectos que la misma atribuye á los acuerdos, es aplicable á las demás decisiones del consejo de familia la regla general del artículo 310, como ya se ha dicho.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Octubre de 1907 ha declarado que, dados los términos del precepto del art. 310 del Código civil, no se puede restringir el recurso de alzada que en él se establece en caso alguno y cualquiera que sea la materia sobre que verse el acuerdo del consejo de familia, porque la única excepción consignada en dicha disposición legal es la del caso del art. 242, y sería contradictoria de precepto tan absoluto hacer extensiva la restricción á ningún otro, sin que á ello obste el derecho que el 240 otorga á los tutores y protutores removidos para reclamar ante los Tribunales dentro de los quince días siguientes al en que se haya comunicado la resolución.

II

Naturaleza y efectos del recurso de alzada contra las decisiones del consejo de familia: término para interponerlo: procedimiento.

Algunos expositores de nuestro Código atribuyen al consejo de familia el carácter de un tribunal de primera instancia, crea-

do especialmente para los asuntos de la tutela, y partiendo de este supuesto ó premisa, deducen que el recurso de alzada, que autoriza el presente artículo, es el ordinario de *apelación* para ante el juez de primera instancia; censuran la ley por no haber establecido un término preciso para interponerlo, fuera de los casos de los arts. 240 y 249, cuyo término de quince días suponen ha de ser de aplicación general; y discurren y disputan sobre si la apelación ha de admitirse en ambos efectos ó en uno solo, pretendiendo unos que debe sujetarse á la regla general del art. 383 de la ley de Enjuiciamiento civil, y otros á la del 1819 de la misma ley; sobre si ha de sustanciarse por los trámites de las apelaciones en los juicios verbales, ó por los establecidos para los incidentes, y sobre si procederá el recurso de casación ó el de apelación contra el fallo que dicte el juez, considerándolo como de segunda instancia. Como el supuesto de que parten es inexacto, á nuestro juicio, y de una premisa falsa no pueden deducirse consecuencias legítimas, entendemos que huelgan todos esos razonamientos por ser inaplicables al caso.

En ninguna de las disposiciones del Código se da al consejo de familia el carácter de tribunal de primera instancia para los asuntos de la tutela: lejos de ello se dice expresamente en el artículo 201, que «la tutela se ejercerá por un solo tutor, bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia». En virtud de esta vigilancia, el consejo toma parte en la gestión de la tutela, ejerciendo las funciones que el mismo Código le señala, unas de inspección, de intervención y vigilancia, y otras análogas á las de la patria potestad, como ya se ha dicho. Si sobre cualquiera de esas funciones, que forman parte del ejercicio de la tutela, tuviera la facultad de resolver como tribunal de primera instancia, sería juez y parte á la vez, y la ley no podía autorizar semejante absurdo. No: el consejo de familia no es tribunal de primera instancia, ni tiene categoría alguna en el orden jerárquico judicial; es simplemente una institución creada para que constituya la tutela de los menores é incapacitados, ejerciendo sobre el tutor la inspección y vigilancia que antes correspondía al Es-

tado, y autorizándole para los actos que antes no podía ejecutar sin la aprobación judicial, confiando así al interés y cariño de la familia la protección y amparo de esas personas desvalidas; pero sin conferirle atribuciones judiciales, las que se reservan al juez para los casos en que se han considerado de absoluta necesidad.

«De las decisiones del consejo de familia pueden *alzarse*», dice el artículo, y sólo dando á este verbo la significación concreta del de *apelar*, pueden suscitarse las dudas y dificultades á que antes hemos aludido. Al recurso de *apelación* se da también el nombre de recurso de *alzada;* pero en el tecnicismo jurídico éste se aplica en general á todos los casos en que del agravio inferido por un funcionario ó corporación dentro del círculo de las atribuciones que da la ley, puede recurrirse al superior inmediato en el orden gubernativo, ó á la autoridad judicial para que ampare el derecho lesionado. En este sentido se emplea el verbo *alzarse* en el presente artículo, y no en el de *apelar* del inferior al superior en el orden jerárquico judicial y en asuntos judiciales. Varios son los artículos (ya se han citado algunos al principio de esta sección), en que se permite expresamente *recurrir* á los Tribunales contra acuerdos del consejo de familia, y en ninguno de ellos se emplea la palabra *apelar* ó *apelación:* se dice «*podrá recurrir*», «*formular su reclamación*», *impugnar* la resolución», lo cual demuestra el propósito de no dar al recurso el carácter de apelación en el sentido estricto de esta palabra. Y como son iguales los casos, en el mismo sentido y con el mismo objeto de reclamar ó impugnar los acuerdos ha de entenderse el recurso de alzada que concede el art. 310.

Por esto, porque no se trata de una apelación en el sentido estricto de esta palabra, no se ha fijado término para interponer ese recurso: ni era justo ni conveniente fijarlo, fuera de los casos á que se refieren los arts. 240 y 249, en los que se señala el de quince días para impugnar las resoluciones del consejo acordando la remoción del tutor ó desestimando sus excusas, por la necesidad de que se constituya definitivamente la tutela y fun-

cione sin dilación ni entorpecimiento. La fijación de término exigiría la notificación del acuerdo en forma legal, que tampoco se ordena, é implicaría la conformidad de las partes con el acuerdo si no formulaban su reclamación dentro del término señalado, quedando por consiguiente firme la decisión del consejo, lo cual sería inconveniente é injusto, porque redundaría en perjuicio del sujeto á tutela, y sancionaría los abusos que puedan cometerse. En cualquier tiempo que éstos se adviertan, siempre que no haya prescrito la acción, puede hacerse uso por el que tenga personalidad para ello del derecho que le concede el artículo 310 para alzarse ó reclamar de las decisiones del consejo de familia ante el juez de primera instancia. Esta reclamación dará lugar á un juicio contradictorio, en el que se ventilará si el consejo se extralimitó de sus facultades con perjuicio del menor ó incapacitado, ó si faltó á la ley en la forma ó en el fondo, y tales demandas no pueden subordinarse al término breve de las apelaciones: por esto sin duda no se ha fijado término para deducirla, ni se manda que se modifiquen. Confirma esta doctrina el art. 296, en el que tampoco se fija término para reclamar la nulidad que resulte de la inobservancia de la ley en la constitución del consejo.

La misma doctrina sancionaron los Códigos de Francia, Bélgica é Italia: tampoco fijaron término para impugnar ante el tribunal civil los acuerdos del consejo de familia, y dieron á este recurso el carácter de juicio contradictorio en primera instancia, confirmándolo los dos primeros con la declaración de ser innecesario el acto previo de conciliación, como puede verse en los artículos ya citados de dichos códigos, si bien añadiendo que «el incidente será juzgado sumariamente». También lo confirma el de Italia, al declarar en su art. 256, que «transcurridos seis meses desde el día de la primera convocatoria, no podrán ser impugnados los actos del consejo de familia por razones de incompetencia ó irregularidad en su constitución»: luego por otras razones podrán ser impugnados después de los seis meses, sin plazo fijo, como procede en España fuera de los casos de los ar-

tículos 240 y 249 de nuestro Código: la excepción confirma la regla.

En Portugal se sigue otro sistema: por su Código civil (artículo 226) se ha creado un consejo de tutela para conocer de las reclamaciones que se entablen contra las decisiones del consejo de familia; aquel consejo tiene el carácter de tribunal legalmente constituído, y funciona como tal; se compone del juez de derecho del distrito, de sus dos sustitutos inmediatos y del cu rador de huérfanos, todos funcionarios públicos, siendo el voto del último puramente consultivo. Contra las decisiones del consejo de familia puede recurrirse ante el consejo de tutela: contra las decisiones de éste, confirmatorias de las de aquél, no se da recurso alguno; y contra las que sean revocatorias se puede recurrir ante la Audiencia del territorio, que resolverá definitivamente. Todos estos recursos tienen efecto suspensivo, salvo los casos en que la ley ordene expresamente lo contrario. Y en el Código de procedimiento (arts. 793 y siguientes) se fija el plazo de tres días para recurrir ante el consejo de tutela; se ordena el procedimiento, y se declara que el efecto suspensivo del recurso no obstará para que se adopten las providencias que se juzguen necesarias en el caso de exclusión ó remoción de tutor.

No teniendo, como no lo tiene, según se ha demostrado, el carácter de apelación ordinaria el recurso de que se trata, claro es que no son aplicables al mismo las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil que determinan los casos en que han de admitirse las apelaciones en ambos efectos ó en uno solo. Sobre este punto se estará á lo que exijan naturalmente la índole y circunstancias de cada caso. Por regla general, serán ejecutables desde luego las decisiones del consejo de familia, como lo son las del padre respecto de la persona y bienes del hijo que está bajo su potestad, y como lo eran las del antiguo tutor, fuera de los casos en que era necesaria la aprobación judicial; de otro modo se embarazaría la administración y gestión de la tutela, con perjuicio del que á ella está sujeto. Rara vez sucederá que pueda llevarse á efecto el acuerdo con tal precipitación que

no dé tiempo á impugnarlo. Si es impugnado antes de su ejecución, deberá ésta suspenderse hasta que resuelvan los Tribunales, quedando las cosas en el ser y estado en que se hallaban cuando se promovió el litigio; y si lo fuere después, reclamando la nulidad del acuerdo, por infracción de ley en la forma, ó la nulidad ó rescisión del acto, ya ejecutado, por otros motivos legales, los Tribunales resolverán lo que estimen procedente en justicia. No vemos otra solución legal. El sujeto á tutela deberá ser indemnizado de los perjuicios que se le hayan causado con la ejecución de esos actos, y si no se hubiere pedido ni resuelto sobre ello en ese incidente, le quedará á salvo su derecho para reclamarlos aun después de concluída la tutela, dentro de los cinco años que fija el art. 287 del Código, ó de los cuatro señalados en los arts. 1299 y 1301, según los casos. Esto viene á demostrar también que, aunque son ejecutivos los acuerdos del consejo de familia, no son firmes ó irrevocables, como tendrían que serlo, si se hubiere fijado término para el recurso de alzada, transcurrido ese plazo sin haber sido impugnados.

En cuanto á procedimiento, nada se ordena en el Código civil por no ser de su competencia, y mientras no se adicione ó reforme la ley de Enjuiciamiento civil en lo que sea necesario para ponerla en armonía con aquél, preciso es atenerse á las disposiciones de la misma, que sean aplicables al caso. Según el artículo 481 de dicha ley, «toda contienda judicial entre partes que no tenga señalada en esta ley tramitación especial, será ventilada y decidida en el juicio ordinario declarativo que corresponda». Contienda judicial entre partes es la que se promueve con el recurso de alzada ó impugnación de las decisiones del consejo de familia, y está, por tanto, comprendido en esta disposición. El art. 1873 de la misma ley dice: «Toda cuestión que surja de las disposiciones contenidas en este título (trata del nombramiento de tutores y curadores y del discernimiento de estos cargos), y haya de resolverse en juicio contradictorio, según lo contenido en el mismo, se sustanciará en la forma determinada para los incidentes». Combinando estas dos disposicio-

nes, únicas que creemos aplicables al caso, nuestra opinión es que siempre que la decisión impugnada se refiera á la constitución y administración de la tutela, como el nombramiento de tutor ó protutor, fianza, retribución del cargo, alimentos del menor, excusas, remoción, cuentas, etc., ha de sustanciarse la cuestión por los trámites establecidos para los incidentes en los artículos 749 y siguientes de dicha ley. Esto nos parece indiscutible.

Podrá haber duda cuando la resolución del consejo verse sobre la autorización solicitada por el tutor para cualquiera de los actos determinados en el art. 269 del Código. Si la resolución fuere negativa, podrá alzarse de ella el tutor, y como entonces está limitada la cuestión á un acto inherente al ejercicio de la tutela, creemos que debe emplearse el mismo procedimiento de los incidentes. Por la misma razón habrá de emplearse también este procedimiento en el caso de que, siendo la decisión del consejo favorable á la pretensión del tutor, sea impugnada por el protutor ó por otro antes de llevarla á efecto, ó de que el tutor ejecute el acto para el que hubiere sido autorizado. Pero después de ejecutado este acto, y contraídas en su virtud obligaciones con un tercero, como la oposición que se formule no podrá limitarse á la nulidad ó revocación del acuerdo del consejo, sino que habrá de pedirse á la vez la nulidad ó rescisión del acto ó contrato en su virtud celebrado por el tutor, entonces sale la cuestión de la esfera antedicha, y se eleva á la de contienda judicial entre partes, que no tiene señalada en la ley tramitación especial, y, por consiguiente, habrá de ventilarse y decidirse en el juicio ordinario declarativo que corresponda á su cuantía ó naturaleza.

Después de la primera edición de esta obra se han dictado varias sentencias relativas á la aplicación del art. 310, en la materia de que acabamos de ocuparnos.

La de 5 de Diciembre de 1895, y conforme con ella la Resolución de la Dirección de los Registros de 20 de Septiembre de 1892, afirman que el consejo de familia es el llamado á deliberar

y decidir en todos los asuntos propios de la tutela, y sólo en los casos taxativamente marcados en la ley ó en los no previstos por ésta interviene la autoridad judicial. Con relación al art. 310, los Tribunales entienden en alzada, esto es, en apelación, no primordialmente.

La sentencia de 4 de Enero de 1902 entra más de lleno en la cuestión, y sienta la doctrina siguiente: «El art. 310 tiene el carácter de sustantivo en cuanto determina la subordinación de la autoridad del consejo de familia á la de las autoridades judiciales, y el de adjetivo procesal, en cuanto establece el recurso de alzada para ante el juez de primera instancia; y como el concepto de alzada constituye por sí una especialidad y excluye por su naturaleza el de las demandas á que la ley de Enjuiciamiento civil se refiere, forzoso es interpretar y entender dicho precepto en el sentido propio de tales recursos, para que una vez entablado se sustancie por los trámites marcados á los incidentes dentro de los que cabe la discusión y justificación de los derechos que se ventilan en estas alzadas, sin necesidad de recurrir al procedimiento más dispendioso y perjudicial de las demandas, que por lo expuesto no cabe dentro de tales recursos, dada su naturaleza, y ya que reclamaciones de esta índole pueden estimarse como incidentales de las tutelas registradas, sobre las que tienen además los jueces las facultades de inspección á que se refiere el art. 292 del Código civil». Añade esta sentencia que los preceptos de carácter adjetivo del Código han de estimarse preferentes á los de la ley de Enjuiciamiento civil, y que el Juzgado en que radica la inscripción de determinada tutela y dentro de cuyo territorio funciona el consejo de familia, es el competente para conocer de las alzadas á que el art. 310 se refiere.

Para reclamar contra las decisiones del consejo, no es necesaria la autorización de éste.

Entablados dos procedimientos distintos por diferentes personas, contra un acuerdo del consejo de familia (recurso de alzada, y juicio declarativo de nulidad), procede su acumulación, y la autoridad judicial debe resolver todas las cuestiones susci-

tadas en ellos, dentro de los trámites del juicio ordinario. (Sentencia de 5 de Diciembre de 1904).

III

Personas que pueden ser parte en el recurso contra las decisiones del consejo de familia.

Como demandantes.— El art. 310, que estamos comentando, designa las personas que pueden alzarse ante el juez de primera instancia de las decisiones del consejo de familia, y por consiguiente sólo ellas tienen derecho á promover la contienda judicial á que da lugar la impugnación de cualquiera de esas decisiones, haciendo el papel de demandantes en tales incidentes. Veamos cuáles son, y la extensión que ha de darse á ese derecho, por el mismo orden en que las enumera la ley.

1.° *Los vocales del consejo que hayan disentido de la mayoría al votarse el acuerdo.*—Luego los que hayan votado con la mayoría no pueden impugnar el acuerdo, porque esto sería ir contra sus propios actos. Tampoco podrá impugnarlo ninguno de los vocales cuando se haya tomado el acuerdo por unanimidad. Podrá suceder que alguno de los que se hallen en estos casos comprenda después que el acuerdo es perjudicial al menor ó incapacitado, ó que ha sido dictado con infracción de ley en la forma ó en el fondo: él no puede impugnarlo por haberle dado su voto: si lo impugna otra persona de las que tengan derecho para ello, podrá allanarse por su parte; pero, si no fuese impugnado, ¿qué podrá hacer para salvar su responsabilidad moral y legal? Creemos que podrá pedir al presidente que reuna el consejo para proponer en él la revocación ó reforma de tal acuerdo: si es aprobada su proposición, habrá conseguido su objeto; y si fuere desechada por la mayoría, puesto que él habrá disentido de ésta, podrá alzarse de este segundo acuerdo, y el juez de primera instancia resolverá lo que estime más procedente. El vocal que haga uso de ese derecho habrá de justificar que disentió de la mayoría, presentando certificación del acta de la sesión, en la

que se habrá hecho constar la opinión y voto de cada uno de los vocales, conforme al núm. 2.º del art. 304.—Los vocales ausentes ó que no hubieren asistido á la sesión en que se tomó el acuerdo, podrán también impugnarlo, puesto que no les liga su voto, y que con ese acto manifiestan su disentimiento de la mayoría.

2.º *El tutor.*—Que éste puede alzarse de las decisiones del consejo que le afecten directamente, como son las relativas á su nombramiento, excusas, remoción, fianza, etc., no puede haber duda, por ser el principal interesado, y así lo declara el Código en los artículos citados al principio de este comentario. Pero además le faculta para recurrir también contra las demás decisiones que crea perjudiciales al sujeto á su tutela, aun cuando no afecten directamente al mismo tutor, como sucederá siempre que el consejo le niegue la autorización que hubiere solicitado para cualquiera de los actos determinados en el art. 269. El tutor, á quien confía la ley en primer término la representación y defensa de la persona y bienes del menor ó incapacitado, tiene el derecho, y también el deber, de reclamar contra cualquier acto que pueda perjudicarles.

3.º *El protutor.*—Para cumplir las obligaciones que le impone el art. 236 y las demás atribuciones del cargo, debe tener el protutor la personalidad y derecho que le concede la ley para impugnar los acuerdos ó decisiones del consejo de familia que crea perjudiciales á la persona ó bienes del menor ó incapacitado. Si el tutor no reclama, debe él hacerlo para salvar su responsabilidad.

4.º *Cualquier pariente del menor ó incapacitado.*—No se refiere ni podía referirse aquí la ley á los parientes que sean vocales del consejo, ni á los que desempeñen los cargos de tutor ó protutor, porque todos ellos están comprendidos en los casos anteriores: se refiere indudablemente á los demás parientes que no tengan intervención en la tutela, sin distinción de clases, grados, ni líneas, como lo indica la expresión genérica *cualquier pariente.* En previsión de que el tutor, el protutor y el consejo miren con in-

diferencia los asuntos de la tutela, para evitar los perjuicios que por negligencia ó malicia pudieran ocasionarse al menor ó incapacitado, concede la ley á cualquier pariente de éstos, personalidad y derecho para impugnar los acuerdos ó decisiones del consejo que se hallen en dicho caso. Dado el piadoso objeto de la ley debe interpretarse y aplicarse ampliamente esta disposición, no negando personalidad al que comparezca á título de pariente, aunque lo sea por afinidad, siempre que tenga capacidad para comparecer en juicio, y más cuando ha de litigar á sus expensas, sin perjuicio de la condena de costas.

5.º *Cualquiera interesado en la decisión del consejo.* — Puede serlo un pariente ó un extraño: aquél podría reclamar además en concepto de pariente; pero el extraño sólo podrá hacerlo cuando le interese la decisión. Mas este interés no ha de ser opuesto al del menor ó incapacitado, porque si lo fuese, si no estuviesen en armonía ambos intereses, de suerte que la defensa del uno implique la defensa del otro, el conceder el recurso de alzada al extraño sería contrario al espíritu y letra del presente artículo, cuyo objeto es amparar por todos los medios posibles la defensa de los intereses del sujeto á tutela. Supongamos que la decisión del consejo consiste en autorizar al tutor para entablar una demanda ó para sostener un recurso de apelación ó de casación: que interesa esta decisión al litigante contrario, es indudable; pero ¿sería justo ni racional permitirle la alzada para impedir, ó dilatar por lo menos, la interposición de la demanda ó la continuación de la segunda instancia, pues no podía tener otro objeto aquel recurso? ¿No sería absurdo permitir que por ese medio indirecto se ventilase anticipadamente la procedencia de la demanda, de la apelación ó de la casación? Esto no puede ser, y por eso insistimos en que ha de entenderse el presente artículo en el sentido de que podrá alzarse el interesado en la decisión cuando su interés sea igual ó análogo, y nunca opuesto al del menor, ó cuando la decisión, sin lastimar derechos de éste, lesione los del reclamante, como sucederá si el consejo nombra tutor á un extraño habiendo parientes llamados por la ley: de

esta decisión podrían alzarse como interesados, tanto el extraño que no quiera aceptar el cargo, como el pariente que quiera serlo.

¿Podrá alzarse de las decisiones del consejo de familia el mismo menor ó incapacitado á quien puedan perjudicar? No, porque no lo autoriza el presente artículo, ni debía autorizarlo, en razón á que ese recurso produce una contienda judicial, y los sujetos á tutela carecen de capacidad legal para comparecer en juicio: su representación está encomendada por la ley (art. 262) al tutor «en todos los actos civiles, salvo aquellos que por disposición expresa de la ley pueden ejecutar por sí solos», y no se halla en este caso el recurso de que tratamos. Pero aunque no lo concede la ley al menor ó incapacitado, sus derechos están bien garantidos, puesto que si el tutor es negligente, pueden reclamar contra el acuerdo las demás personas antes indicadas; y si ninguna de ellas lo hiciese, y realmente se hubiere causado perjuicio al sujeto á tutela, éste, cuando salga de ella, podrá reclamar la indemnización correspondiente de quien hubiere sido el causante (arts. 236 y 312), sin perjuicio de la rescisión ó nulidad del acto, cuando sea procedente, no por el beneficio de la *restitución in integrum*, que ha suprimido el Código, sino conforme á los arts. 1291, 1300 y demás disposiciones del mismo.

Con relación al artículo que comentamos en la parte que nos ocupa, es digna de tenerse en cuenta la doctrina de la sentencia de 24 de Junio de 1905.

«El pariente á quien se refiere el citado art. 310, dice esta sentencia, es sólo el consanguíneo, ya porque así se infiere del sentido y concepto que en todo el Código civil se da á aquel vocablo cuando se emplea sin otro aditamento, pues cuando se trata de los afines para determinadas instituciones así se expresa, ya porque en el organismo tutelar sólo tienen intervención los parientes consanguíneos, según se revela en el art. 294, que concede derecho á formar parte del consejo á los parientes por consanguinidad y no á los afines, como lo demuestra la circunstancia de incluirse entre éstos exclusivamente á los maridos de

las hermanas, y aun con la indispensable circunstancia de que las últimas vivan, y que, como interesado en la decisión, debe entenderse sólo aquél cuyo propio derecho sea directamente lesionado por la decisión misma, ó el que representando el interés familiar de la persona ó bienes del incapacitado, pueda fiscalizar y contradecir aquellos acuerdos que sean lesivos de uno ú otro derecho.

Como demandados. — Deben serlo en esta contienda judicial los vocales del consejo de familia que hayan contribuído con su voto á la aprobación del acuerdo impugnado, pues á ellos les corresponde sostenerlo. Si hubo unanimidad, será demandado todo el consejo, y si el acuerdo fué por mayoría, lo serán los vocales que lo votaron. Este dato resultará del acta de la sesión, en la que, conforme al art. 304, debe consignarse la opinión de cada uno de los vocales.

El Código de procedimiento civil francés, en su art. 883 ya citado, lo dice terminantemente: «formularán su demanda (el tutor y los demás que pueden impugnar el acuerdo) *contra los miembros del consejo* que hayan estado conformes en la deliberación, sin que sea necesaria la conciliación previa». Igual disposición contiene el mismo Código de Bélgica; y el civil de Italia, en su art. 260, dice que el tutor, protutor, etc., «podrán impugnar los acuerdos ante el tribunal civil. *contradictoriamente con los vocales* que los aprobaron con su voto».

La misma doctrina ha sancionado expresamente nuestro Código en los arts. 241, 249 y 277, declarando en ellos que al consejo de familia corresponde sostener sus acuerdos, y que cuando litigue con este objeto lo hará á expensas del menor; «pero podrán ser personalmente condenados en costas los vocales si hubiesen procedido con notoria malicia», y «si fuere confirmado el acuerdo, deberá condenarse en costas al que hubiese promovido la contienda». Estas reglas establecidas en los artículos citados, por la razón y la justicia en que están basadas, y por la analogía de los casos, deben servir de norma para la sustanciación y fallo de los recursos ó reclamaciones que se entablen ante el juez

de primera instancia contra las decisiones del consejo de familia, conforme al art. 310.

IV

Resolución del juez de primera instancia: su forma y su fondo: recursos contra la misma.

Debiendo ventilarse en juicio contradictorio, como se ha demostrado, la impugnación de las decisiones del consejo de familia, ó sea la alzada que concede el presente artículo, es indudable que el juez de primera instancia ha de dictar su resolución ó fallo en forma de sentencia, ya se haya sustanciado el asunto por los trámites de los incidentes, como deberá hacerse en la mayor parte de los casos mientras no se establezca otro procedimiento, ya por los del juicio ordinario declarativo que corresponda. Y en cuanto al fondo, habrá de sujetarse á lo que ordena el art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

Tratándose de acuerdos sobre asuntos de los enumerados en el art. 269, si la alzada se hubiese fundado en que el acuerdo recurrido es contrario á la ley ó al interés del menor, el juez de primera instancia tendrá que limitarse, por regla general, á confirmarlo, si lo estima procedente, ó á una simple *revocación*, dejando que el consejo escogite otro medio de satisfacer la necesidad á que respondía el acuerdo revocado. Pero puede ocurrir también que el tutor proponga una solución alternativa, pidiendo se le autorice, por ejemplo, para vender bienes inmuebles, ó para tomar dinero á préstamo, á fin de cubrir atenciones de la tutela. Contra la decisión que adopte la mayoría del consejo podrá alzarse la minoría, y si ésta pide al juez que revoque el acuerdo y declare que el otro medio es más conveniente al menor y que se autorice al tutor para llevarlo á efecto, el juez tendrá que resolver la cuestión como ha sido planteada, y si revoca el acuerdo impugnado, podrá mandar que se lleve á efecto el otro medio, si lo estima conveniente, ó denegar tam-

bién esta pretensión, si cree que el tutor y el consejo pueden adoptar otra resolución más conveniente á los intereses del menor ó incapacitadò.

Cuando los acuerdos versen sobre materias de las reguladas en los artículos 206, párrafo 2.º, 231, 233, 239 y 249, que es decir sobre aprobación, nombramiento, declaración de incapacidad ó remoción y excusas de tutores y protutores, no cabe duda que el juzgado de primera instancia tiene competencia para resolver sobre estas materias si son objeto del recurso, y para anular ó revocar el nombramiento de tutor hecho por el consejo de familia á favor de determinada persona; pero, ¿puede designar al propio tiempo la que ha de sustituirla? Ningún Código ha previsto expresamente la cuestión. Los comentaristas belgas y franceses Delvincourt, Magrin, Zachariae, Augier, Aubry y Rau, Laurent y aun el mismo Demolombe, contestan á una voz: ¡No!—Somos de la misma opinión: el Código no faculta al juez en ningún caso para hacer el nombramiento de tutor; á falta de testamentario y de legítimo, corresponde su elección al consejo de familia (art. 231); por consiguiente, para no invadir las atribuciones de éste, el juez habrá de limitarse á confirmar ó revocar el nombramiento, remoción, etc., del tutor ó protutor, sin proveer el puesto que queda vacante por su sentencia, la que mandará comunicar al consejo para que proceda á lo que haya lugar. Otra cosa será si la cuestión planteada es la de preferencia entre dos ó más que se crean con derecho para desempeñar el cargo: entonces el juez tiene que resolver esta cuestión, declarando á quién corresponde ese derecho ó esa obligación conforme á la voluntad del testador ó á la ley, y el consejo habrá de atenerse á lo que el juez resuelva para los demás actos de constitución de la tutela que son de su competencia.

Y también puede fundarse la impugnación ó alzada en defectos de forma, ó sea por infracción de la ley, ya en la constitución del consejo, ó ya en la convocatoria, celebración ó votación de la junta. En estos casos se pedirá, naturalmente, la nu-

lidad de la decisión por el vicio que afecta á su validez: si el juez estima que no existe este vicio, declarará no haber lugar á la nulidad, confirmando la decisión impugnada; pero si entiende que procede la nulidad, hay que distinguir de casos. Cuando ésta consista en infracción de las disposiciones que determinan la forma de la convocatoria, celebración y deliberación del consejo, esto es, por no haber sido citados todos los vocales, ó por haber concurrido menos de tres, ó por no resultar mayoría en la votación, el juez declarará la nulidad, y mandará reponer las cosas al estado que tenían cuando se cometió la falta, para que, subsanada ésta, delibere de nuevo el consejo con arreglo á derecho. Y si la nulidad se funda en haberse formado ilegalmente el consejo, el juez podrá subsanarla siempre que no se deba al dolo, ni cause perjuicio á la persona ó bienes del sujeto á tutela, aprobando el acuerdo del consejo y mandando que se repare el error cometido en su formación, conforme á lo prevenido en el art. 296; ó declarará en otro caso la nulidad de todo lo hecho, y que se forme y constituya el consejo con arreglo á la ley.

Todas estas sentencias son dictadas en la primera instancia del juicio contradictorio á que da lugar la impugnación ó alzada de las decisiones del consejo de familia, como se ha demostrado: por consiguiente, procede contra ellas el recurso de apelación en ambos efectos para ante la Audiencia territorial, y en su caso el de casación para ante el Tribunal Supremo.

Sin embargo, este Tribunal, en auto de 22 de Noviembre de 1892, ha declarado que el recurso de alzada concedido en el art. 310, no es un juicio declarativo seguido por las correspondientes instancias á que se ponga término, previo el oportuno procedimiento, y por eso mismo, y porque contra las decisiones del consejo sólo concede el Código el recurso de alzada sin fijar tramitación que pueda afectar el carácter de pleito ordinario, no cabe el recurso de casación.

Estos mismos recursos son permitidos en Francia, en virtud del art. 889 de su código de procedimiento civil, que dice: «Las

sentencias *(jugements)* dictadas sobre deliberaciones del consejo de familia, estarán sujetas á apelación». Y explicando ese artículo dicen sus expositores: «El auto (del Tribunal de primera instancia) es apelable ante la Audiencia, porque el consejo de familia no es un tribunal ni forma un primer grado de jurisdicción» (Demolombe). «Desprovisto de toda jurisdicción (el consejo), no tiene potestad para ejecutar por sí mismo sus acuerdos, y cuando éstos son impugnados, el tribunal que ha de conocer de la alzada procede como juzgado de primera instancia y sus autos son apelables» (Aubry y Rau, de conformidad con Merlín, Du Canrroy, Bloechel, de Fréminville, etc.) Aceptamos esta doctrina por ser conforme á nuestro Código, pues aunque el art. 304 confiere al presidente del consejo la facultad de ejecutar sus acuerdos, esto ha de entenderse en el sentido que hemos explicado al comentar dicha atribución (pág. 639 y siguientes).

ARTÍCULO 311

Al terminar la tutela y disolverse por consecuencia el consejo de familia, entregará éste al que hubiese estado sujeto á tutela, ó á quien represente sus derechos, las actas de sus sesiones.

La tutela concluye en el instante mismo en que el menor cumple veintrés años, obtiene la habilitación de edad ó es adoptado, ó en que se declara por ejecutoria haber recobrado el loco, demente, sordomudo, pródigo ó interdicto su capacidad (artículo 278). En ese mismo instante, el tutor ó sus herederos quedan constituídos en la obligación de dar cuenta de su administración al que estuvo sujeto á tutela ó á sus representantes, como en el caso de haber fallecido, á sus causahabientes (artículo 281). Esa cuenta ha de ser censurada é informada por el consejo de familia dentro de un plazo que no exceda de seis meses (art. 282). Por manera que dicho consejo puede funcionar tadavía seis meses después de haber acabado la tutela, y más

tiempo aún si al cumplirse ese plazo viniese á descubrir que el tutor había cometido algún delito en el ejercicio de su cargo (artículo 285). De consiguiente, los arts. 311 y 313 no han de entenderse como si dijeran que en el mismo instante en que se extingue la tutela queda disuelto *ipso facto* el consejo de familia: quieren decir que cesa éste en el ejercicio de las funciones que son objeto del art. 269 y otros, por haber cesado la razón de ser de todas ellas, pero que sigue en pie para *liquidar*, la tutela, pudiendo á este efecto celebrar juntas y adoptar acuerdos, aunque limitados á los dos puntos antedichos, debiendo levantar acta de sus deliberaciones.

El texto del art. 311 puede suscitar la duda de si las actas del consejo deben ser entregadas al que estuvo sujeto á tutela el día en que concluye ésta, ó el día en que, censuradas é informadas las cuentas, se disuelve definitivamente el consejo de familia. Lo procedente, á juicio nuestro, será que al terminar la tutela, como ordena el artículo, se entreguen las actas extendidas hasta aquel día desde que se constituyó el consejo, sin perjuicio de entregar después en su caso las de las sesiones que pueda celebrar para el examen é informe de las cuentas. El menor ó incapacitado tiene derecho, desde el instante en que deja de serlo, á exigir de los vocales, del tutor y del protutor la responsabilidad en que hayan podido incurrir respectivamente en el ejercicio de su cargo, y como consecuencia, á disponer de aquellos documentos, que son juntamente elemento de juicio y medio probatorio.

ARTÍCULO 312

Los vocales del consejo de familia son responsables de los daños que por su malicia ó negligencia culpable sufriere el sujeto á tutela.

Se eximirán de esta responsabilidad los vocales que hubiesen disentido del acuerdo que causó el perjuicio.

El desempeño del cargo de vocal del consejo de familia es enteramente gratuito, salvo si los padres le señalaron en su tes-

tamento alguna retribución que no redunde en menoscabo de la legítima del menor ó incapacitado. Por lo mismo, la regla es que dichos vocales no respondan de las resultas de sus acuerdos, siempre que en ellos hayan procedido con entera buena fe, y con el cuidado de un padre de familia medianamente diligente: la acción subsidiaria «adversus nominatores tutorum vel curatorum», introducida por derecho romano justinianeo, no la ha prohijado nuestro Código.

En otro caso, ya lo dice el art. 312, son responsables de los daños que por su malicia ó negligencia culpable sufriere ó hubiere sufrido el sujeto á tutela. Es un principio general admitido por la jurisprudencia de nuestros tribunales, que todo el que administra intereses ajenos responde de la negligencia inexcusable: el Código declara responsable al mandatario, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más ó menos rigor por los tribunales, según que el mandato haya sido ó no retribuído (art. 1726), cuya doctrina tendría en todo caso perfecta aplicación á los vocales del consejo, verdaderos mandatarios de la ley. Sea el caso de un consejo de familia que nombre para el cargo de tutor una persona incapaz ó insolvente, ó que no asegure suficientemente las resultas de su gestión; que apruebe cuentas notoriamente inexactas, amañadas y sin justificación; que autorice al tutor para vender bienes del pupilo en condiciones ruinosas, ó siendo innecesaria y perjudicial la venta, ó para aceptar una herencia sin beneficio de inventario, ó para comprometer en árbitros una cuestión en que el menor estuviere interesado, ó para entablar un recurso, etcétera; en todos esos casos, la parte del menor ó incapacitado tiene derecho á exigir que le indemnicen el perjuicio, si lo hubiere sufrido, no precisamente los vocales que votaron el acuerdo, sino aquellos que lo votaron á sabiendas de que se causaba el perjuicio, ó ignorándolo por no haber prestado la debida atención á los antecedentes y circunstancias del negocio y haber sido demasiado fáciles en proponer ó en votar lo que se les proponía.

Puede exigir esa responsabilidad el perjudicado, esto es, la

persona que estuvo sujeta á tutela, ó quien represente ó tenga sus derechos. No empece al ejercicio de esta acción el que se haya ejercitado con anterioridad y no haya prosperado la de nulidad; y antes bien, puede considerarse en cierto límite como complementaria de ella, pues, según vimos, la acción de nulidad sólo puede fundarse en vicios de forma, en irregularidades de procedimiento, etc., no en el perjuicio que el acto ejecutado hubiere podido ocasionar al sujeto á tutela.

Creemos que es aplicable á esta acción, por analogía, la regla especial del art. 287, no la del número 2.° del 1968; y, por tanto, que prescribe á los cinco años, contados desde el día siguiente á la conclusión de la tutela. Convendría, sin embargo, declararlo concretamente en este título.

ARTÍCULO 313

El consejo de familia se disuelve en los mismos casos en que se extingue la tutela.

La disposición de este artículo, último de los que tratan del consejo de familia, es la consecuencia lógica y natural del 201, según el cual «la tutela se ejercerá por un solo tutor, *bajo la vigilancia* del protutor y del consejo de familia». Por consiguiente, concluye la misión de éstos con la extinción de la tutela, y luego que llegue este caso se ha de disolver el consejo, como se ordena en el presente artículo. Pero nótese que esto ha de ser cuando se *extinga* la tutela, y no cuando por fallecimiento ú otro motivo cese el tutor y sea necesario nombrar otro; en este caso no se extingue la tutela, y el consejo continuará ejerciendo sus funciones, lo mismo que el protutor, respecto del tutor nuevamente nombrado.

En el comentario del art. 311 hemos expuesto los casos en que concluye la tutela, según el art. 278; y como concluye también por la muerte del menor ó incapacitado, y en los demás casos mencionados en el comentario de dicho art. 278 (véase), en todos debe disolverse el consejo y hacer lo que ordena el ar-

tículo 311, por quedar extinguida la tutela. Sin embargo, aunque el consejo queda disuelto de derecho para el efecto de vigilar al tutor, porque ya no tiene razón de ser ésta, que es su función principal, todavía podrá tener necesidad de reunirse, en cumplimiento de la ley, para censurar ó informar las cuentas del tutor, como se ha dicho en el comentario ya citado del artículo 311, que podrá verse como complemento del presente.

TÍTULO XI

DE LA EMANCIPACION Y DE LA MAYOR EDAD

CAPITULO PRIMERO.

De la emancipación.

La emancipación es uno de los medios legales por los que se acaba la patria potestad. Al lado de aquel formidable poder paterno que el derecho de los romanos consideraba como exclusivo de sus instituciones jurídicas, poder en principio indisoluble, la modificación de las costumbres ideó las ficciones jurídicas, merced á las cuales, estimados los hijos como cosas, salían del dominio de sus padres, por sucesivas enajenaciones con arreglo al rito denominado de *mancipia* y al pacto adicional de *fiducia*.

A ese formalismo, en virtud del cual los hijos eran manumitidos de la patria potestad, llamóse emancipación, concepto que en Roma se inspiraba, tanto en la fórmula sustancial de la venta hecha por el padre, cuanto en el estado jurídico en que el hijo resultaba después de ser enajenado. Respetado el propio nombre, así en las reformas del emperador Anastasio, como en las más transcendentales de Justiniano y de León, fué reproducido en las Partidas, importándose á nuestro derecho la frase jurídica *emancipar*, que en algunos Fueros municipales se encuentra sustituída con la de *desafijar*.

Los expositores del derecho han desenvuelto la materia referente á la emancipación al estudiar los modos por los que se extingue la patria potestad. Y en efecto, el estado jurídico que el poder paterno determina en las personas y bienes de los

hijos, desaparece al ser éstos emancipados, y por tanto queda aquél realmente disuelto una vez efectuada la emancipación, como acontece con la muerte, ó con la privación de la potestad paterna por sentencia firme de tribunal competente.

También el Código civil en los artículos 167 y siguientes, al hablar de los casos en que se acaba la patria potestad, desenvuelve algunas indicaciones acerca de la emancipación; y al estudiar aquéllos en los respectivos comentarios, indicábamos la idea de que en otro lugar recibiría la doctrina, entonces expuesta, las necesarias ampliaciones.

Porque es conveniente hacer constar que mientras en el capítulo 4.º del tít. 7.º, el Código se limita á consignar que la emancipación es uno de los modos de extinguirse la patria potestad, y aun cuando en los artículos 170 y 171 se desarrolla la teoría concerniente á lo que por el sentido de la ley de Partida se llamó en el foro emancipación forzosa, es lo cierto que en el capítulo que ahora vamos á examinar es donde tiene verdadera oportunidad la doctrina jurídica de la emancipación y el análisis detenido de los resultados que ella produce en las relaciones de derecho entre los padres y los hijos, una vez disuelto el estrecho vínculo de la potestad paterna.

El presente capítulo determina, por tanto, las formas jurídicas de producirse la emancipación, los efectos que surte al crear un nuevo estado de derecho, y la voluntariedad é irrevocabilidad de aquélla, complementándose en el capítulo 2.º tan importante materia con la exposición de la que es relativa á la necesaria edad para el ejercicio de los derechos civiles.

ARTÍCULO 314

La emancipación tiene lugar:

1.º Por el matrimonio del menor.

2.º Por la mayor edad.

3.º Por concesión del padre ó de la madre que ejerza la patria potestad.

ARTÍCULO 315

El matrimonio produce de derecho la emancipación, con las limitaciones contenidas en el art. 59 y en el párrafo tercero del 50.

ARTÍCULO 316

La emancipación de que trata el párrafo tercero del artículo 314 se otorgará por escritura pública ó por comparecencia ante el Juez municipal, que habrá de anotarse en el Registro civil, no produciendo entretanto efecto contra terceros.

I

Formas y concepto jurídico de la emancipación.

El matrimonio del menor, la mayor edad, la concesión voluntaria é irrevocable del padre, ó de la madre cuando ésta ejerza la patria potestad: he aquí lo que genera el estado jurídico de la emancipación, según el precepto de nuestro Código. Y ocioso es consignar que dicho estado jurídico se produce, ó por sanción expresa del derecho, como en el matrimonio y la mayor edad, ó por un hecho emanado de la voluntad del que dimite de su potestad, previo el asentimiento del que adquiere ese estado jurídico, cual acontece en la emancipación definida en el caso último del art. 314; emancipación que algunos tratadistas estiman, no muy desacertamente, como un verdadero contrato. Y en este último caso debe comprenderse también el especial del art. 160, puesto que para su realización han de concurrir el consentimiento de los padres y la voluntad del hijo, á que éste viva con independencia de aquéllos.

En el rigor de la tecnología jurídica pudiera decirse que no existe otra emancipación que la que se crea por la voluntad del emancipante y aceptación del emancipado, puesto que el matrimonio y la edad no hacen sino colocar al individuo, por obra de la

ley, en una situación de derecho igual, salvo ligeras alteraciones, á la del hombre realmente emancipado. Más claro: ni el matrimonio ni la edad son la emancipación en su filología y en su historia, pero surten á la verdad, los mismos resultados legales.

Los romanos, en la precisión de lenguaje con que significaban las instituciones de su derecho, limitaron el concepto jurídico de la emancipación «al acto por el que el padre, de modo voluntario, manumitía al hijo de su poder». Consecuencia la patria potestad del dominio quiritario, no podía perderse ni por el matrimonio, que aumentaba tan sólo la familia del padre legal, ni por la edad, que no otorgaba nunca la plenitud de los derechos civiles, siendo también sabido que las mujeres al casarse ingresaban en la familia civil del marido, por lo que jamás podían estimarse *sui juris*. Y estúdiese como se quiera la emancipación en Roma, ya en los tiempos del primitivo derecho, ya en los posteriores, siempre resulta, al ser aquella realizada, la voluntad del padre y la anuencia del hijo, á menos de hallarse éste en la infancia; anuencia precisa, porque si bien el emancipado disfrutaba de ciertas ventajas, perdía en cambio los derechos de agnación.

Así vino á nuestro derecho la emancipación en las leyes Alfonsinas, realizándose aquélla, bien por ante los jueces ordinarios cuando consentía el hijo, bien por gracia del Rey si el emancipado era menor de siete años; pero en ambos casos sin que el padre pudiese ser constreñido á emancipar á su hijo, ni éste obligar al padre, sino mediando la voluntad tanto del uno como del otro, *sin juicio, é sin ninguna premia que pueda ser*. (Leyes 15, 16 y 17, tít. 18, Part. 4.ª)

Verdad es que Justiniano admitía tres casos en que las leyes podían obligar al padre á emancipar á sus hijos, y que la ley 18 del título y Partida citados determinaba cuatro razones por las que se podía constreñir al padre á que sacara de su poder al hijo; pero sólo por una amplificación de concepto, y aun así de modo impropio pudo en el foro denominarse á este acto eman-

cipación forzosa. Lo que había de cierto era que el padre perdía en tales casos la patria potestad, pero el hijo podía continuar sometido á la autoridad de la tutela ó curatela, y de consiguiente no siempre resultaba emancipado.

Aplaudimos, por tanto, que el Código no haya admitido la emancipación forzosa, y separándanos en esto de algún notable comentarista, insistimos en que nos parece acertado que los casos de suspensión ó privación definitiva de la patria potestad se hayan expuesto en el tít. 7.º, y que en el presente se desarrolle la emancipación derivándola exclusivamente de los motivos de hecho ó de derecho que la determinan, esto es, del matrimonio, de la edad, ó de la voluntad paterna.

II

De la emancipación por matrimonio, según el derecho antiguo.

El hombre al contraer matrimonio se constituye en jefe de la nueva familia; la mujer al casarse se somete al poder de su marido. He aquí cómo, determinándose un cambio de relaciones jurídicas, surge una verdadera incompatibilidad entre la potestad del padre y el nuevo poder del hijo, y cómo la autoridad paterna cede su puesto, en la persona de la hija, á la que sobre ella adquiere el esposo por ministerio de la ley.

A esta forma de constituirse el estado de emancipación denominóse por los tratadistas *legal;* toda vez que ella se derivaba del precepto contenido en las leyes 47 y 48 de Toro, en las cuales se ordenaba: 1.º Que el hijo ó hija casado y velado, fuese *habido por emancipado* en todas las cosas y *para siempre:* 2.º Que el hijo ó hija hubiese para sí el usufructo de todos sus bienes adventicios, una vez casado y velado.

Sabido es que los legisladores de las Cortes de Toro se propusieron armonizar las disposiones de las leyes de Partida con las de los demás cuerpos legales, fundiendo en cuanto era posible los elementos germánico y romano que informaban nuestro tradicional derecho. Y, en verdad, importados á los Códigos de Don

Alfonso los principios de los del Emperador Justiniano en materia de emancipación, nada se dijo en aquéllos de la que se producía por el matrimonio, forma de emanciparse desconocida, como ya se ha dicho, en Roma.

La patria potestad de los germanos *(mundium)* no era semejante á la del derecho civil del pueblo rey, y más bien por las costumbres que por la ley escrita, terminaba aquélla con el casamiento de los hijos. El Fuero Juzgo, sin embargo, ordenaba *que los fijos finquen en poder del padre con todas sus cosas fasta que se casan*, y algunos fueros municipales consignaban expresamente que el padre ó madre *non podrian desafijar* (emancipar) *sus fijos sanos ó locos fasta que les dieren casamiento;* especificando el de Cuenca *que los hijos permanecían en la potestad de sus padres hasta que contrajeran matrimonio*. Más tarde, el Fuero Real admitió, fundado en los precedentes de la legislación goda, que el matrimonio constituía un acto de emancipación, que permitía á los casados la libre administración de sus bienes. (Ley 8.ª, título 11, libro 1.º)

Las leyes de Toro, al tratar de la emancipación por matrimonio, hubieron de apartarse del precedente romano, optando por el germánico, más conforme, á no dudar, con las costumbres y tradición de la familia en nuestro pueblo, prescribiendo en su consecuencia, de manera terminante, que el hijo así emancipado lo fuese para siempre, con cuya prevención desaparecía el carácter de revocable, atribuído en las leyes de Partida á la emancipación de los hijos, si sobreviniesen motivos de ingratitud de éstos para con sus padres.

Determinados los antecedentes legales, y á fin de penetrar ahora en el estudio del espíritu que informa el núm. 1.º del artículo 314 del Código civil, cuyos efectos determina el 315, es conveniente consignar los siguientes enunciados: 1.º Las leyes 47 y 48 de Toro, refundidas en la ley 3.ª, tít. 5.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, aportaron al derecho la emancipación por matrimonio, ya conocida en Cataluña desde 1351 por el estatuto del rey Don Pedro III, pero que las Partidas no admi-

tían, como no la admitieron tampoco los códigos romanos. 2.º Desde que las disposiciones del Concilio Tridentino se estimaron ley del Reino, los hijos é hijas casados, con ó sin velaciones, adquirieron la condición de emancipados por siempre, habiendo para sí el usufructo de todos sus bienes adventicios; terminando, por tanto, con el matrimonio de los hijos la patria potestad de sus padres. 3.º Como las leyes de Toro, al determinar la emancipación por matrimonio, no fijaron la edad en la cual el marido podía administrar los bienes matrimoniales, la pragmática de Don Felipe IV, que es la ley 7.ª, tít. 2.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, la señaló en dieciocho años, complementando con ello la doctrina de las dichas leyes. 4.º Debían reputarse subsistentes las de Partida, en cuanto á que el casado menor de edad debía ser representado por sus padres ó guardadores, salvo ciertos actos de administración permitidos al marido mayor de dieciocho años por la citada ley 7.ª, continuando vigentes las leyes alfonsinas en punto á contratación y capacidad jurídica de los menores. 5.º En conclusión, la emancipación otorgada por matrimonio era limitada en sus efectos, acreciendo esas limitaciones si el casado era menor de dieciocho años, sin que se reconociese la emancipación por la mayoría de edad, venida por tal causa á nuestro derecho en el art. 64 de la ley de Matrimonio civil de 1870. De suerte que, en realidad, sólo la emancipación voluntaria del padre era la admitida antes de las leyes de Toro y pragmática de Felipe IV, de 1623, y desde la promulgación de tales disposiciones legales, el matrimonio, aunque de modo limitativo, otorgaba á los casados el privilegio de ser habidos por emancipados, y cumplida la edad de dieciocho años, les era expresamente otorgada la facultad de administrar sus bienes y los de su mujer.

Expuestos los anteriores enunciados, el análisis de los artículos 314, en su núm. 1.º, y 315, que estamos comentando, se presenta como labor más fácil, porque conocidos los precedentes de una ley, se hace sencilla su perfecta inteligencia.

III

Efectos jurídicos de la emancipación por matrimonio conforme al Código civil.

El matrimonio civil ó canónico, esto es, el celebrado de cualquiera de las maneras establecidas en el art. 42, produce de derecho la emancipación; pero ésta quedará limitada en sus naturales efectos, relativos unos á la persona del emancipado, y otros á la administración y disposición de los bienes de los casados, según éstos, siendo menores de edad, hubiesen ó no cumplido dieciocho años.

En principio, y salvo estipulación en contrario y lo que en el art. 1384 del Código se dispone respecto á los parafernales, la administración de todos los bienes de la sociedad conyugal pertenece al marido, como jefe indiscutible de la nueva familia que con el matrimonio se constituye. Pues bien; ese principio sufre las siguientes limitaciones: 1.ª Si el marido, ó la mujer, cuando ésta se reserve la administración, fueren menores de dieciocho años, no podrán ejercer tal administración sin el consentimiento de su padre, en su defecto de la madre, y á falta de ambos, de un tutor; consentimiento igualmente necesario hasta la mayor edad para tomar dinero á préstamo, gravar y enajenar bienes raíces, no siendo necesaria en tales casos la autorización judicial, exigida por el derecho antiguo, con lo que se ha derogado por el Código el art. 46 de la ley de Matrimonio civil. 2.ª La mujer necesita siempre de la licencia marital, que el marido menor de dieciocho años deberá ó no conceder con el consentimiento de las personas expresadas. 3.ª Ni el marido ni la mujer menores de edad podrán comparecer en juicio sin la asistencia de dichas personas, necesitando, además, la mujer la licencia marital (1).

---

(1) Deben consultarse en la materia los comentarios á los arts. 50, 59, 60, 61, 62 y 63, cuya doctrina damos aquí por reproducida. Véase también el artículo 317.

No por lo limitado de las atribuciones otorgadas á los menores de dieciocho años, dejan éstos de reportar beneficios con la emancipación por matrimonio. Extinguida, como oportunamente escribe un comentarista, la patria potestad, el usufructo otorgado á los padres por el art. 160 del Código sobre los bienes de los hijos, desaparece en beneficio de éstos, pudiendo, además de tan lucrativa ventaja, administrar, aun cuando de modo limitativo, los bienes con que contribuyen á sostener las cargas matrimoniales, obrando en todo con aquella discrecional independencia que requiere la categoría de jefes de una familia, que están llamados á constituir al contraer el nuevo estado.

Muy diferente es la situación jurídica que la emancipación por matrimonio determina cuando el hijo ó hija al casarse, si bien no son mayores de edad, han cumplido la de dieciocho años. Poseen entonces, el marido la administración de los bienes constituídos bajo el régimen dotal; el marido, ó la mujer, ese mismo derecho en el supuesto de la libertad de estipulación, hoy otorgada en el Código, y la mujer en sus parafernales, á no ser que los hubiere entregado al marido ante notario con intención de que aquél los administrase. Mas, en ningún caso podrán los cónyuges mayores de dieciocho años, pero menores de edad, enajenar ó gravar los bienes raíces, ni tomar dinero á préstamo, ni comparecer en juicio sin el consentimiento ó asistencia de las personas antes indicadas, como se ordena en el art. 317, en cuyo comentario expondremos los actos comprendidos en estas limitaciones.

Una especialísima limitación de los derechos otorgados á la emancipación por matrimonio, es la que viene impuesta á los que se casaren sin haber obtenido previamente la licencia ó consejo; á la viuda que contrajese nuevas nupcias antes de los 301 días, y á las demás personas á quienes por el art. 45 está prohibido el matrimonio. El Código, aparte de la sanción penal, determina que el matrimonio se entienda con absoluta separación de bienes, administrando cada cónyuge los suyos, ordenando que si de uno de ellos fuese menor no emancipado, no recibirá la

administración hasta llegar á la mayor edad, y entretanto sólo tendrá derecho á alimentos, que no podrán exceder de la renta líquida de sus bienes. Puede asegurarse á la vista de tan extremada limitación, que los efectos de la emancipación desaparecen; porque ni los cónyuges pueden administrar sus bienes, ni adquieren derecho alguno hasta que sean mayores de edad, á menos de hallarse por otro motivo emancipados al tiempo de casarse Unicamente parece se concede á los así casados el usufructo de su peculio, puesto que el derecho á los alimentos que se les otorga, al no poder exceder de la renta líquida de sus bienes, implícitamente puede comprender toda la renta, que es lo que en esencia constituye el usufructo. Las palabras *menor no emancipado* quieren indicar que si el cónyuge, al casarse contra lo prevenido en el art. 45, estuviese ya emancipado, no sufriría las consecuencias determinadas en el párrafo 3.º del art. 50 á que hace referencia el 315.

¿Puede comparecer en juicio la mujer casada menor de edad, sin la asistencia de su padre ó tutor?—El Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de Junio de 1904, sienta la doctrina siguiente: «El precepto del art. 317 del Código civil hay que relacionarlo con el 315, según el cual el matrimonio, lo mismo del varón que de la mujer, produce de derecho la emancipación con las limitaciones contenidas en el art. 59 y en el párrafo 3.º del 50; y como las limitaciones expresadas en el párrafo 2.º de aquél, entre las que se encuentra la de no poder comparecer en juicio sin la asistencia de las personas que enumera, sólo subsisten mientras el menor no llegue á los dieciocho años; es consecuencia lógica y racional que el marido mayor de edad pueda autorizar á su mujer para comparecer en juicio, con tal que ésta á su vez sea mayor de dieciocho años, puesto que dichos preceptos, así como el del art. 60, capacitan á uno y otro para el fin indicado.» Se deduce igual conclusión al relacionar estos artículos con el 1387.

Nos referimos al comentario del art. 59, que se halla con el que ahora comentamos en íntima relación, no sólo en cuanto á la cuestión propuesta, sino también en cuanto á todas las que

puedan presentarse. Allí quedó expuesta nuestra opinión, y ella nos parece la más acertada, aunque sea preciso confesar que el lugar que ocupa en el art. 59 la limitación relativa á la capacidad para comparecer en juicio el menor emancipado, autoriza desde luego la interpretación literal que del precepto saca la sentencia de 8 de Junio de 1904. Tratándose de una mujer y de bienes parafernales, la doctrina resulta menos anómala, reduciéndose su alcance á sustituir la persona del padre, madre ó tutor, por la del marido mayor de edad. Pero si esa doctrina se aplica al marido menor de edad, pero mayor de dieciocho años, el resultado es absurdo. La comparencia en juicio, ya como demandante, ya como demandado, es un acto de mayor transcendencia que la mayoría de las enajenaciones de bienes inmuebles, y no se concibe por otra parte que al menor emancipado por el matrimonio se le conceda lo que se le prohibe al emancipado por concesión paterna, ó al habilitado de mayor edad (arts. 317 y 324). ¿Es que el hecho de casarse confiere más capacidad? A situaciones idénticas, preceptos iguales. Esto quiso, sin duda, el legislador, y de aquí los preceptos de los dos artículos citados, cuya doctrina quiso repetir el legislador en el 59. El error padecido en éste, lo subsanaría el 317, siendo aplicable, como fué sin duda la intención del mismo legislador, á todas las clases de emancipación de un menor; pero, como dado el 315, dicho art. 317 entiende la jurisprudencia, que sólo se refiere á la emancipación por concesión de los padres, la anomalía que resulta de la interpretación apuntada, sólo puede salvarse en la primera revisión del Código.

¿Disuelto ó anulado el matrimonio, subsistirán los efectos de la emancipación?—Si para contestar con acierto convertimos nuestra atención al derecho anterior al Código, veremos que la ley 47 de Toro, al sancionar la emancipación por matrimonio, reputó á los casados emancipados *para siempre*, lo cual quiere decir que en ningún caso el hijo ó hija era restituído á la patria potestad, bajo el supuesto indiscutible de que el matrimonio hubiese sido legal, porque de otro modo la emancipación no podría producir-

se. Y estos principios son, á no dudarlo, los que informan el Código civil, y, por tanto, los que habremos de invocar al resolver la cuestión propuesta. Por consiguiente, si uno de los efectos civiles del matrimonio es la emancipación y por ella la extinción del poder paterno, jamás, celebrado aquél, surgirá de nuevo la patria potestad, sino en el caso de que el matrimonio no produzca efecto alguno civil, mediante su nulidad solemnemente comprobada y declarada.

Y no hay para qué hablar de la disolución por muerte, que, aun rompiendo el lazo conyugal, deja subsistentes todos los efectos civiles en la persona del cónyuge superviviente y de sus hijos, ni del matrimonio nulo contraído de buena fe, que también surte los propios efectos, ya para ambos contrayentes, ó ya para el que le celebró por su parte sin malicia. Pero si el matrimonio se estimó intrínsecamente nulo, si no llegó á tener realidad jurídica, si, aun mediando la buena fe, no se contrajo con las solemnidades legales que le son de esencia, ó finalmente, si á sabiendas de su nulidad se celebró el enlace matrimonial, es evidente que la emancipación no se produjo, porque no se concibe que allí donde no hubo matrimonio tenga aplicación el art. 315 del Código, siquiera los hijos que pudieran resultar de esos matrimonios sean, en casi todos los casos, estimados justamente como legítimos. Y como donde falta la causa no se produciría jamás el efecto, es visto que cuando de derecho no existió matrimonio, no puede tampoco decirse que se produjera la emancipación en el hijo ó hija que realmente no se casaron, porque su matrimonio, más que nulo, debió estimarse, como dice un discreto comentarista, *inexistente*.

IV

Emancipación por la mayor edad.

Es el segundo medio que el artículo 314 reconoce para que el estado jurídico de la emancipación se produzca.

Si la tierna solicitud de los padres, y aun la autoridad mis-

ma del poder paterno, pueden ser necesarios á la educación del hijo y á la defensa de sus derechos durante aquel período de la vida en que la impremeditación y la inexperiencia requieren la legítima intervención del padre ó de la madre, ó en su defecto, del tutor, es lógico que desde que el niño ó el adolescente traspasaron la difícil frontera de la menor edad, la autoridad de los padres ó la mediación del tutor desaparezcan, porque la ley reconoce ya el ejercicio de la plenitud de sus derechos civiles al que hasta entonces vivió sometido á la potestad de los padres ó á la autoridad de sus tutores. El hijo, por tanto, se emancipa al ser mayor de edad, y, libre del poder paterno, debe á sus padres, si no la absoluta é incondicional sumisión, el acatamiento y reverencia, que algo que se eleva sobre las leyes escritas impone al hombre para con sus progenitores.

Y con ser tan racional lo que venimos exponiendo, importados á nuestros códigos los principios del derecho romano, el hijo, cualquiera fuese su edad, no se emancipaba del poder paterno por ese solo motivo, reflejándose en esto como en gran parte de las instituciones jurídicas la dureza y permanencia de la patria potestad en lo antiguo. Dureza insostenible y que en punto á la triste condición de los hijos ya había sido modificada en tiempo de los Emperadores romanos con la institución de los peculios, que, supuesta la naturaleza de algunos de ellos, permitía á los hijos administrar y disponer en ciertos bienes como verdaderos padres de familia.

Nuestro derecho tradicional era el derecho de Roma, porque en la labor de la reconquista cayeron en el olvido las leyes germánicas; y claro es que la emancipación por la mayoría de edad no nos fué conocida, siquiera como supletoria tuviéramos la concesión de emancipados á los hijos que obtenían las categorías de que hablan las leyes 7.ª á la 14, tít. 18, de la Partida 3.ª, y se otorgase á aquéllos amplios derechos civiles sobre determinados peculios.

El artículo del Código que ahora examinamos nada dice, icertamente, de la emancipación que la ley de Partida autorizaba

en atención á la dignidad ó empleo que atribuyese jurisdicción al hijo. Y, en verdad, el silencio está justificado; porque no concibiéndose el ejercicio de funciones públicas sin poseer la mayoría de edad, basta que al alcanzarla el individuo quede emancipado de derecho, para que la ley no descienda á casos que se hallan dentro del principio general del núm. 2.º del art. 314. Acerca del mismo punto y de la profesión religiosa, véase lo expuesto en el comentario del art. 167.

El antecedente genuino de lo preceptuado en el número y artículo citados, haciendo omisión de lo que pudiera rebuscarse en algunos códigos patrios ajenos á las Partidas, habrá de encontrarse en el art. 64 de la ley de Matrimonio civil de 1870, que por vez primera otorgó la emancipación de derecho al hijo de familia que hubiese llegado á la mayor edad. Capaz, entonces, para todos los actos de la vida; hábil para regir su persona y disponer de sus bienes; capacitado, asimismo, para abandonar la casa paterna, conservando tan sólo en relación con el padre los sentimientos de respeto y filial deferencia que la misma ley le impone, la emancipación por la mayor edad, concedida en la ley de 1870 y acertadamente transcrita al Código, es un reconocimiento discretísimo de que allí donde el poder paternal no tiene misión alguna que cumplir, debe desde luego ser extinguido, reintegrando al hijo mayor de edad en la plenitud de atribuciones que la emancipación presupone.

Completa la teoría del artículo que analizamos, lo dispuesto en el 321 respecto á las hijas mayores de edad, las cuales, aunque emancipadas, no podrán en principio, si no fueren mayores de veinticinco años, abandonar la casa paterna; pero como en el siguiente capítulo habremos de ampliar estas indicaciones, basta por ahora con lo que hemos expuesto para comprender la importancia de la emancipación concedida en el núm. 2.º del art. 314 del Código civil.

Una observación final habremos de hacer, no obstante, para completar la doctrina, y es la de que, si bien quedan emancipados y fuera de la patria potestad los hijos que hubiesen cumpli-

do veintitrés años al empezar á regir el Código, ó sea antes de 1.º de Mayo de 1889, si continuaren viviendo en la casa paterna y á expensas de los padres, podrán éstos conservar el usufructo, la administración y los demás derechos que estén disfrutando sobre los bienes de su peculio, hasta el tiempo en que los hijos debieran salir de la patria potestad, según la legislación anterior. Tal disposición legislativa, consignada en la 5.ª transitoria del Código, no es otra cosa que el justo reconocimiento de los derechos adquiridos por los padres sobre los bienes adventicios de sus hijos, antes de la promulgación del vigente Código civil.

V

Emancipación por concesión de los padres.

El tercero y último modo por el cual, según el art. 314 se alcanza la emancipación, es la concesión del padre ó de la madre que ejerzan la patria potestad.

Los requisitos característicos de esta forma de emanciparse, son los siguientes: que el padre ó la madre que ejerzan el derecho de patria potestad sobre sus hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos y adoptivos, mayores de dieciocho años, otorguen de modo voluntario é irrevocable la emancipación, y que ese reconocimiento se haga constar, previo consentimiento del hijo, ante el juez municipal, ó por escritura pública, debiendo siempre anotarse en el Registro civil, no produciendo en otro caso efectos contra tercero. Como se ve, para determinar de modo exacto la naturaleza jurídica de la emancipación voluntaria, que se deriva de las facultades inherentes al derecho de patria potestad, hemos agrupado la doctrina de los arts. 316, 318 y 319.

Ya lo decíamos en las primeras líneas del presente comentario; la emancipación del hijo con asentimiento suyo y como voluntario otorgamiento de quien ejerza la patria potestad, integra la verdadera idea de esa tradicional institución jurídica venida á nuestro derecho tal y como la reconoció Justiniano al modifi-

car en sus Instituciones los formulismos simbólicos del derecho civil de los romanos.

El Rey Sabio en las leyes de Partida no hizo otra labor que transcribir aquella Constitución justinianea, por la cual los ascendientes podían presentar sus descendientes ante los jueces ó magistrados, libertando así á aquéllos de la patria potestad; si bien esta manera de otorgar la emancipación, consignada en la ley 15, tít. 18 de la Partida 4.ª, se limita al caso de ser los hijos mayores de siete años; pues la ley 16 del propio título y Partida exigía, si el emancipado era menor de esa edad, la real autorización, que debía ser presentada por el emancipante al juez que otorgaba la emancipación. Es decir, que Don Alfonso, apartándose de la sencillez instituída como común á todos los casos por Justiniano, volvía la vista al rescripto del Emperador Anastasio, requiriendo, si el emancipado era menor de siete años, la licencia del Rey.

Aún parecía insuficiente ese retroceso legal en el asunto de las emancipaciones, toda vez que por la pragmática de Felipe V, que hoy es la ley 4.ª, tít. 5.°, lib. 10 de la Nov. Rec., se dispuso que no se concediese emancipación alguna sin dar primero cuenta al Real Consejo, acompañando los documentos justificativos, y que no haciéndose así, fuese aquélla nula de derecho.

Transformada la emancipación voluntaria en una verdadera gracia al sacar, en virtud de lo dispuesto por Felipe V en su pragmática sanción, dejó realmente de ser aquélla un atributo esencial de la potestad paterna para convertirse en graciosa merced del Soberano. Así lo aceptó en nuestro derecho moderno la ley de 14 de Abril de 1838 y la instrucción del mismo mes y año, y á tal estado jurídico había quedado reducida la emancipación generada en el derecho civil, y desposeída más tarde de su verdadero carácter, al convertir en un mero privilegio del poder upremo aquello que era importantísima atribución del jefe de la familia sobre los individuos sometidos á su autoridad paterna.

Al publicarse el Código civil, la legislación vigente en esta materia era, como se ha dicho, la ley de 14 de Abril de 1838,

cuyo art. 1.º atribuía al Rey la resolución sobre todas las instancias de emancipaciones y dispensas de edad para administrar sus bienes los menores, fuera de la emancipación por matrimonio y la reconocida en la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo en el hijo de familia, cuando ejercía un cargo ó empleo que llevaba aneja jurisdicción ó desempeño de funciones públicas, legalmente incompatibles con la sujeción á la patria potestad.

Había además la cuestión del usufructo y consiguiente administración de los bienes adventicios, especie de galardón ó recompensa al padre que emancipaba á su hijo; derecho otorgado en la ley Alfonsina, y que las leyes de Toro concedían libremente al hijo ó hija que se casasen con consentimiento del padre. Mas como quiera que la ley de Partida se creía vigente en la emancipación voluntaria, era preciso, antes de la promulgación del Código, que en la escritura de emancipación, una vez obtenida la licencia del Rey, se determinase si el padre se reservaba ó no ese usufructo sobre los bienes del peculio adventicio.

Estimábase igualmente revocable la emancipación voluntaria, concurriendo aquellos motivos que indicaba la ley 19, tít. 18 de la Partida 4.ª; y, por último, si el emancipado era menor de edad, continuaba sometido á la tutela, que recaía en el padre, salvo el caso de la llamada emancipación forzosa, á menos de que el menor emancipado hubiese obtenido el beneficio de dispensa de edad, conforme á la ley citada de 1838.

Ante tales antecedentes, el Código civil ha resuelto en los artículos que comentamos la doctrina que sintéticamente vamos á exponer.

Devuélvese en primer término, por los artículos que estudiamos, á la emancipación el carácter de acto civil, que desde la pragmática de Felipe V había perdido; carácter adecuado á la tradición del derecho, y se reconoce que la emancipación es una facultad inherente á la patria potestad; desaparecen las formalidades del expediente previo, exigido por la ley de 1838, quedan-

do reducidas sus solemnidades á un simple acto entre vivos, que deberá constar, bien por comparecencia escrita ante el juez municipal del domicilio del emancipante, bien por documento, bajo la fe de notario público; se consigna la irrevocabilidad absoluta de la emancipación, y se establece, con arreglo á la doctrina del artículo 200 del Código, que el menor emancipado no puede estar sujeto á tutela.

Si, pues, la emancipación es hoy facultad privativa de la patria potestad, sólo aquellas personas que la ejerzan sobre el emancipado podrán realizarla. De ese principio se deducen como lógicas consecuencias: 1.ª, que el padre, y, en su defecto, la madre, tienen el derecho de emancipar voluntariamente á sus hijos legítimos, naturales reconocidos ó adoptivos, sobre quienes, conforme á la doctrina del art. 154 del Código, ejercen la patria potestad; 2.ª, que en los casos previstos en los artículos 167 y siguientes, que determinan la pérdida ó suspensión de la patria potestad, si ésta pasase á la madre, á ella corresponde el derecho de emancipación; 3.ª, que si el menor fuere huérfano de padre, y su madre pasase á ulteriores nupcias, no podrá ésta ejercer después aquel derecho, salvo si su difunto marido hubiese ordenado en su testamento que la viuda, aun casándose de nuevo, retuviese la patria potestad; si no concurriese esta última circunstancia, parece equitativo y razonable que el hijo pueda ser objeto de la habilitación autorizada por el art. 322, ya que, perdida por la madre la patria potestad, viene á quedar aquél en la condición jurídica de huérfano á los efectos de que se trata; 4.ª, que el menor huérfano de padre y madre, aparte de los derechos del art. 322, no podrá nunca ser emancipado en la forma prevista en el núm. 3.º del art. 314 que ahora examinamos.

En cuanto al carácter de acto entre vivos, hoy rectamente atribuído á la emancipación, compréndese que admitiéndose en el Código dos formas ó maneras de hacer constar su realidad jurídica, queda á la elección de las partes el empleo de cualquiera de ellas.

Podrán, pues, emancipante y emancipado comparecer ante el juez municipal y su secretario, haciendo constar en una acta solemne sus manifestaciones, ó podrán presentarse ante notario revistiendo el acto de las mismas solemnidades que las exigidas por la ley para las escrituras públicas. Mas como en uno y otro caso se ordena que del acta judicial ó del documento ante notario se tome razón en el Registro civil, ocurre preguntar la manera de realizar esa exigencia del art. 316 del Código.

Parécenos que vigente en tal extremo la ley de 17 de Junio de 1870, el juez municipal, si se invocó su mediación, deberá ordenar se anote el acto en el Registro donde conste la inscripción del nacimiento del emancipado, determinándose por esta circunstancia, con arreglo á lo dispuesto en el art. 60 de dicha ley y en el art. 35 del Reglamento para su ejecución, la competencia del encargado del Registro á los efectos de la anotación á que se refiere el art. 316 del Código. En cuanto al juez municipal ante quien ha de celebrarse la comparecencia de que habla el mismo artículo, la analogía de este caso con el de la adopción ó la arrogación previsto en la regla 16 del art. 63 de la ley de Enjuiciamiento civil, parece atribuir la competencia al juez del domicilio del padre ó madre que otorguen la emancipación. Asimismo, si fué requerido un notario público, éste habrá de prevenir en la escritura á los interesados la obligación de presentarla en el Registro civil para su anotación, y que entretanto no producirá efecto contra tercero.

El encargado del Registro viene obligado á acusar inmediatamente recibo de tales documentos, y las infracciones que se cometieren en la materia llevan la corrección de multa de 10 á 100 pesetas. En vista de la documentación recibida por el Registro civil, el encargado de ese servicio hará constar de modo sucinto al margen de la partida de nacimiento la emancipación del interesado, procediéndose, si no constase en el Registro la partida de nacimiento, á la formación previa del expediente de que habla el núm. 4.º, art. 35, del Reglamento de 13 de Diciembre de 1870.

¿Existe hoy el usufructo del emancipante sobre los bienes del emancipado?—En cuanto al usufructo del padre en los bienes que constituían el llamado peculio adventicio, usufructo que, como se ha dicho, era una especie de galardón reservado al emancipante en la emancipación voluntaria, nada dice el art. 316 que comentamos. ¿Existe hoy ese usufructo del padre en los bienes adventicios del hijo emancipado? Entendemos que no, porque ese y los demás derechos concedidos al padre ó madre, lo son por consecuencia de la patria potestad, la cual sólo se ejerce sobre los hijos no emancipados, quedando virtualmente extinguida aquélla por la emancipación. Si, pues, la patria potestad desaparece al otorgar voluntariamente el padre la emancipación al hijo; si los derechos de administración y usufructo de que el Código habla en los arts. 159 y siguientes, presuponen la existencia jurídica del hijo como sometido al poder de sus padres, claro es que, una vez emancipado aquél, ha cesado lo que en el padre es el natural efecto de una causa que ya no tiene efectividad cierta. ¿Quiere decir esto que el padre ó madre emancipantes no puedan reservarse el usufructo y administración de algunos bienes del menor emancipado? Ciertamente que no.

Analícese la esencia jurídica de la emancipación voluntaria, y no se tardará en descubrir en ella aquel *duorum vel plurium in idem placitum consensus*, que, según la elegante definición de Ulpiano, es la nota característica de todo contrato. El padre y el hijo determinan espontáneamente su voluntad, y por resolución del uno y asentimiento del otro, se produce la emancipación. Si esto es así, si lo que se ha celebrado es realmente un contrato, ¿podrá la ley oponerse á que el padre otorgue á su hijo las ventajas de quedar emancipado, pero que conocedor de su inexperiencia ó porque así le plazca, se reserve el derecho de usufructo en los bienes del hijo? La voluntad de las partes es la suprema ley en los contratos, cuando aquélla no se oponga al precepto escrito ó á razones de conveniencia moral; y no creemos que esa reserva del usufructo por el padre, consentida por el hijo, sería

opuesta al derecho vigente, si bien impondría al emancipante las obligaciones consiguientes del art. 163 y las especiales de la ley Hipotecaria.

Por último, el respeto á los llamados derechos adquiridos y á la irretroactividad de las leyes civiles, hicieron á los autores del Código consignar en la 6.ª disposición transitoria, en favor del padre que voluntariamente hubiese emancipado á un hijo, la subsistencia de cualquier derecho que se hubiese reservado, conforme á las leyes anteriores, sobre los bienes adventicios del hijo. En ese caso no hay para qué decir que el padre continuará disfrutando de sus derechos hasta el tiempo en que el hijo debiera salir de la patria potestad conforme á la legislación vigente al promulgarse el Código, con las obligaciones propias de todo administrador.

VI

La emancipación en las legislaciones extranjeras.

Casi todas las legislaciones de los pueblos latinos y americanos regulan esta institución de un modo semejante á la nuestra. La emancipación es un beneficio otorgado á los menores que hayan cumplido dieciocho años por el padre ó madre que ejerza la patria potestad, mediante formalidades muy sencillas que recuerdan la emancipación justinianea, y que les habilita para regir su persona y bienes, con ciertas limitaciones. En la edad de la emancipación es casi en lo único que difiere de este patrón general el Código francés, cuyo art. 477 la permite, á partir de los quince años. El texto primitivo del proyecto de Código napoleónico fijaba la edad de dieciocho años, pero en la discusión tenida en el Consejo de Estado, hizo notar Portalis que esa edad era elevada, pudiendo comprometer alguna vez el establecimiento del menor subordinado á su emancipación; ante esta consideración se adoptó la de quince para la emancipación de los padres, conservando la de dieciocho para los casos en que haya de otorgarla el consejo de familia. La diferencia que de aquí resulta

es muy natural, en sentir de Planiol, pues al paso que los padres siempre, y á pesar de la emancipación, conservan una saludable autoridad moral sobre sus hijos, los tutores y el consejo de familia pierden con aquélla el vínculo material y jurídico que les une á sus pupilos.

Pero modernamente se observa marcada tendencia á desterrar esta institución de las legislaciones. Varias causas contribuyen á ello: 1.ª, la escasa aplicación que de la facultad de emancipar se hace en los pueblos que la admiten; 2.ª, la anticipación de la mayoría de edad; 3.ª, las facilidades que dan á los menores para ejercer actos de comercio los Códigos respectivos; 4.ª, el descrédito creciente de los derechos de patria potestad. El Código argentino de 1869, anticipándose en cierto modo á esta tendencia, suprimió la emancipación voluntaria, conservando sólo la legal de la mayoría de edad (á los veintidós años) y la producida por el matrimonio: «La emancipación de los menores, sin distinción de sexo, sólo tendrá lugar en el caso de matrimonio de éstos, sin depender tampoco de formalidad alguna, cualquiera que fuese la edad en que se hubiesen casado, con tal que el matrimonio se hubiese celebrado con la autorización necesaria, conforme á lo dispuesto en este Código» (art. 131).

El Código alemán, inspirándose en la ley prusiana de 1875, adopta una posición intermedia en que, sin admitir una emancipación propiamente dicha al modo de la de los Códigos romanistas, no niega al menor, como el Código argentino, toda posibilidad de mejorar su situación jurídica. Permite la *declaración de mayor edad*, cuyas diferencias esenciales con nuestra emancipación son: *a*) que no otorga una capacidad restringida, sino la capacidad plena de los mayores de edad; *b*) que no se concede por los padres, sino por los Tribunales de tutelas. Las condiciones precisas para que pueda ser hecha esta declaración son: 1.ª, que el menor tenga dieciocho años cumplidos; 2.ª, que el menor otorgue su consentimiento; 3.ª, que si el menor se encuentra bajo la patria potestad, otorgue su consentimiento el que ejerce esa potestad, y 4.ª, que favorezca los intereses del

menor (arts. 3.º, 4.º y 5.º). No se conoce en el Código alemán la emancipación por matrimonio.

El Código suizo coincide casi exactamente en esta materia con el de Alemania. Su única particularidad consiste en admitir la emancipación legal por el matrimonio (art. 14), pero los efectos de este beneficio sólo conciernen á la mujer, pues el varón no puede contraer matrimonio antes de los veinte años, que es la edad de la mayoría.

ARTÍCULO 317

La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue á la mayor edad, no podrá el emancipado tomar dinero á préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles sin consentimiento de su padre, en defecto de éste sin el de su madre, y por falta de ambos, sin el de un tutor. Tampoco podrá comparecer en juicio sin la asistencia de dichas personas.

I

Efectos jurídicos de la emancipación: regla general: limitaciones.

Consigna este artículo un principio encaminado á determinar los efectos jurídicos de la emancipación; efectos que, como por la letra misma del texto legal se comprende, no hacen relación al emancipado por haber llegado á la mayoría de edad, sino al menor que lo haya sido por matrimonio ó por concesión del padre ó madre, y al huérfano que, conforme al art. 322, hubiese obtenido la dispensa ó venia de edad, pues, según el 324, le es aplicable lo dispuesto en el que estamos comentando.

Fuera de la emancipación obtenida por ministerio de la ley al llegar el hombre á la mayor edad, es sabido que aquella produce en el menor emancipado un estado jurídico de verdadera capacidad limitada, estado intermedio en el cual el menor posee en cierto grado el ejercicio de sus derechos civiles, sin llegar á la plenitud de ese ejercicio.

Prohibida por el art. 318 la emancipación voluntaria del menor de dieciocho años, no hay para qué estudiar la doctrina que los antiguos tratadistas presentaban como trabajo exegético de la ley 16, tít. 18 de la Partida 4.ª; y en lo que hace al mayor ó menor de dieciocho años emancipado por matrimonio, ya en el comentario anterior y en el del art. 59 presentamos la doctrina legal pertinente al caso.

Determina, pues, el art. 317 los efectos de la emancipación respecto á la persona y bienes del emancipado que ha cumplido dieciocho años sin llegar á los veintitrés, ya lo fuere por matrimonio, ya por concesión voluntaria de sus padres, ya porque, careciendo de ellos, el consejo de familia le hubiese otorgado la dispensa de edad; establece una regla general, que es aplicable á todos los emancipados que se hallen en dicho caso, sin distinción de sexos, lo mismo á los varones que á las hembras. Esta regla consiste en que la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero con la limitación de no poder tomar dinero á préstamo, gravar ni vender bienes *inmuebles,* ni comparecer en juicio sin el consentimiento ó autorización de su padre; en defecto de éste, sin el de su madre, y á falta de ambos sin el de un tutor.

Veamos la extensión que ha de darse á dicha regla general y á cada una de estas limitaciones.

Si la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, según dice el artículo, es indudable que el menor emancipado poseerá en su persona todas aquellas facultades inherentes al natural concepto que entraña la atribución de administrar sus bienes con independencia de terceras personas. De modo que podrá arrendar, cobrar rentas, dar recibos y ejecutar todo aquello que signifique *actos de administración,* sin que como resultado de tales actos pueda invocar otros beneficios que las restituciones otorgadas de modo general en el derecho á los mayores de edad. Podrá asimismo, puesto que no está comprendido en las limitaciones de la ley, vender y comprar muebles, créditos ó efectos públicos, dar dinero

á préstamo, verificar pignoraciones y donar ó permutar bienes de aquella clase. Y aun cuando á algún comentarista le ha parecido extraordinario que el menor emancipado tenga facultades tan amplias de dominio sobre sus bienes muebles, especialmente en aquellos que, como los valores públicos, pueden representar una respetable forma de riqueza, es lo cierto que, ante el texto de la ley, no hay términos hábiles de discusión alguna.

Respecto á los bienes inmuebles, la frase *vender*, que emplea el art. 317, en lugar de la de *enajenar*, que muy acertadamente se había ya usado en el 59, ha dado motivo á censuras y dudas que no creemos de importancia. Ciertamente, el concepto jurídico que entraña el verbo *enajenar* es más lato, y acaso más adecuado á lo que el Código quiso decir en el artículo que estudiamos; porque enajenar es transmitir una persona á otra el dominio de sus cosas, por cualquiera de los modos que el derecho reconoce, y vender es la transferencia de ese dominio por un precio determinado, justo y cierto. Más claro: en sentido estricto, la enajenación es el género, y la venta es la especie; pero en el lenguaje vulgar y corriente y hasta en el jurídico, se emplean como sinónimas esas dos palabras, y no hay razón para suponer que el art. 59 no disponga lo mismo que el 317 sobre ese punto. Busquemos en algo más elevado que en el sentido literal de las palabras la interpretación de las leyes, y lograremos seguramente penetrar en su verdadero alcance.

El menor emancipado, dice el texto del art. 317, no podrá *vender* bienes inmuebles sin consentimiento de su padre, en su defecto del de la madre, y por la falta de ambos, sin el de un tutor. Ahora bien: ¿podrá, sin esos requisitos, permutar, hacer donación, transigir, ó ceder sus derechos ó acciones sobre tales bienes inmuebles? Examinaremos sucintamente estas cuestiones.

El menor emancipado no puede celebrar, sin las formalidades dichas, *permutas* sobre inmuebles; tanto porque para permutar se requieren en el permutante facultades de poder transmitir libremente el dominio, como porque el Código exige idénticas solemnidades en la permuta que en la venta. De modo que si es

indiscutible que no puede vender, no lo es menos que no podrá tampoco permutar, como ya se ha dicho en el comentario al artículo 262 (pág. 344).

Respecto á la *donación*, contrato aún más perjudicial al menor, porque nada recibe en precio ó compensación de lo que entrega, como quiera que aquélla es, salvo los casos mencionados en los arts. 644, 647 y 648, una verdadera enajenación irrevocable de la cosa propia del donante, compréndese que mal podrá celebrar ese contrato quien tiene limitada la transmisión del dominio, porque no puede vender libremente. En cuanto á las donaciones por razón de matrimonio, se estará á lo que ordena el art. 1329.

¿Tendrá atribuciones el emancipado menor para *transigir* sobre sus derechos? Basta recordar que la transación es un contrato por el cual las partes, dando ó prometiendo, ó reteniendo alguna cosa, evitan ó determinan un litigio, para que sostengamos la negativa. El menor emancipado no puede comparecer en juicio, ni, por consiguiente, celebrar por sí un contrato, cuya materia versa sobre cosas que son de naturaleza litigiosa. Es más, sus padres ó su tutor, cuando intervengan para suplir la capacidad del menor, habrán de solicitar la aprobación del juez si el valor del objeto sobre que la transacción recaiga excede de 2.000 pesetas, debiendo el tutor someterse á las prescripciones especiales de los arts. 269 y 274 del Código civil.

También creemos comprendido en la prohibición del art. 317 el contrato de *fianza*, no sólo porque éste requiere en quien la presta, capacidad para obligarse (art. 1823), lo que presupone en quien se obliga, dadas las posibles consecuencias de este acto, la libre disposición de sus bienes, sino porque con la fianza se gravan los inmuebles, y es terminante la prohibición de gravarlos sin el consentimiento de las personas indicadas.

Finalmente, es ocioso consignar la ineficacia jurídica de la *cesión de acciones ó derechos* realizada por el menor emancipado sin la asistencia de persona que complete su capacidad, por cuanto el contrato de cesión recibe su eficacia legal de la causa

que le motive, y según sea esta, venta, donación, transacción ó permuta, se requiere la capacidad respectiva para vender, donar, transigir ó permutar en el cedente y cesionario.

Extensión de las facultades respecto á los contratos de arrendamiento.—Hemos expuesto que el emancipado mayor de dieciocho años posee todas las atribuciones inherentes al ejercicio de la administración de sus bienes; de modo que puede arrendarlos, percibir la renta, desahuciar ó rescindir el arriendo. Pero es el arrendamiento un contrato tan especial, que Justiniano le estimaba próximo á la compraventa, y el Código civil de Austria le denomina venta de uso, siendo sabido que una ley del Fuero Real, y más tarde la 19, tít. 8.° de la Partida 5.ª, permitían los arrendamientos por toda la vida del propietario y para siempre, viniendo, finalmente, en nuestros días la ley Hipotecaria á revestir el contrato en ciertos casos de los caracteres de un verdadero derecho real.

Al discutirse el Código civil francés hubo ya un notable escritor de combatir la perpetuidad de los arrendamientos, y no hay para qué estudiar ese aspecto de la cuestión, toda vez que nuestro Código, en el art. 1543, no reconoce otros arrendamientos que los estipulados á plazo determinado y precio cierto. Mas aquellos en los cuales su duración exceda de seis años, ó en los que se anticipen las rentas de tres ó más, ó cuando sin estos requisitos se convenga expresamente en inscribirlos, la ley Hipotecaria convirtió al contrato en generador de un derecho real. ¿Podrá, pues, el emancipado menor de edad celebrar por sí esos arrendamientos inscribibles en el Registro? El Código francés, el belga y algunos otros, establecen de modo resuelto que el menor emancipado carece de facultades para celebrar por sí arrendamientos de más de nueve años; y nosotros entendemos que dentro del espíritu y aun de la letra del art. 317 de nuestro Código, no puede el menor emancipado arrendar bienes inmuebles sin que su capacidad se complete con el consentimiento de su padre, madre ó tutor, cuando por anticipo de rentas ó duración del arriendo se hubiere de presentar éste á la inscripción, con-

forme á la ley Hipotecaria. Con sólo recordar que esa inscripción es un gravamen y que la letra del art. 317 prohibe al menor emancipado gravar sus bienes inmuebles, queda resuelta la cuestión. Y claro es que si ese emancipado lo fué por matrimonio, deberá someterse, sea mayor ó menor de edad, á la prohibición general que en los arrendamientos de bienes de la mujer le impone el art. 1548, cuando la duración del arriendo haya de exceder de seis años.

¿A qué gravámenes se refiere el Código al hablar de menores emancipados?—Es tan explícita la prohibición de gravar bienes inmuebles, impuesta al emancipado menor de veintitrés años en el art. 317, que nos creemos dispensados de detallar cuáles son los gravámenes á que la ley se refiere. Todo aquello que signifique una limitación de la propiedad, como lo es la constitución, modificación ó extinción de los derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipotecas, censos, servidumbres, pensiones afectas á un inmueble, fianzas, etc., está de modo expreso absolutamente prohibido á los menores emancipados, á no mediar el consentimiento explícito de las personas que en el indicado art. 317 se menciona.

Aceptación de herencias.—Mayores dificultades presenta la cuestión de si el emancipado, que no ha llegado á la mayor edad, podrá ó no aceptar por sí una herencia; y, caso negativo, si el padre ó madre, ó en defecto de ambos un tutor, deberán dar el consentimiento al menor para aceptarla pura y simplemente ó sólo á beneficio de inventario.

La tesis propuesta comprende, por lo que se ve, dos extremos diferentes, pero que en cierto modo se completan: uno, determinar si el emancipado menor podrá por si, con ó sin beneficio de inventario, aceptar una herencia; otro, si en el supuesto de resolverse la pregunta de modo negativo, el padre ó la madre, y en su falta un tutor, habrá de dar el consentimiento para aceptar la herencia precediendo el beneficio del inventario, ó sin esa salvaguardia.

El Código francés y el de Bélgica, al hablar del asunto, sólo

consignan que respecto á la aceptación y repudiación de herencia por los menores, se estará á lo prevenido de modo general en las disposiciones de la tutela y emancipación, donde lo propio que en nuestro Código, nada expresamente se resuelve. El Tribunal de casación francés, interpretando, sin embargo, con acierto la doctrina de la ley, ha resuelto que el menor emancipado, careciendo como carece de la libre disposición de bienes, y estando reducidas sus facultades al mero ejercicio de actos de pura y simple administración sobre aquéllos, no puede celebrar el cuasicontrato, que significa la adición de herencia, con ó sin beneficio de inventario, porque mal puede contraer quien para ello precisa completar con la autoridad de otra persona su limitada capacidad jurídica.

En igual sentido creemos habrá de determinarse nuestra jurisprudencia, ya porque el art. 992, si bien no habla de los emancipados, exige en el aceptante de toda herencia la libre disposición de sus bienes, disposición que no reconoce el art. 317 á los emancipados menores de edad, ya porque no se comprende que pueda aceptar cargas y gravámenes de un tercero aquél que ni aun sobre lo suyo propio pueda imponerlos.

Y ese mismo art. 992, en combinación con el núm. 10 del 269, nos contesta al segundo extremo de la pregunta, á saber: que el tutor, previa necesariamente la autorización del consejo de familia, podrá aceptar con ó sin inventario la herencia del menor emancipado, y que éste jamás podrá recibirla por sí, sinó que precisa en todos los casos la autorización del padre ó madre, ó tutor en su defecto, y en este último supuesto, esto es, cuando falta la garantía del consejo de familia, se hace indispensable que la aceptación lo sea siempre á beneficio de inventario.

Compra de bienes inmuebles.—Quedan expuestos los actos de la vida civil, que, á nuestro juicio, están comprendidos en las limitaciones que establece el art. 317 á la facultad que concede al menor incapacitado para regir su persona y bienes como si fuera de mayor edad. Entre los prohibidos no expresa ni tácitamente está el de *comprar bienes inmuebles*. ¿Podrá hacerlo el me-

nor emancipado sin el consentimiento de su padre, madre ó tutor? Si no le es permitida la venta sin este requisito por el perjuicio que puede sufrir, también puede ser lesionado en la compra: por esto, y porque no hay uniformidad de criterio sobre este punto en las legislaciones extranjeras, creemos conveniente examinar esta cuestión.

En Francia, lo mismo que en Bélgica, donde puede concederse por los padres la emancipación á los quince años y no se llega á la mayor edad hasta los veintiuno cumplidos, era preciso adoptar precauciones para suplir la falta de capacidad del menor emancipado; así es que sólo se le autoriza para los actos de pura administración de sus bienes, y se le prohibe comparecer en juicio, recibir capitales muebles, tomar dinero á préstamo y vender sus bienes inmuebles sin la asistencia de curador, debiendo observarse en estos casos las formalidades establecidas para el menor no emancipado. Y en cuanto á las obligaciones que hubiese contraído por *compra* ó en otra forma, se previene (art. 484 de su código) que «podrán reducirse en caso de lesión», añadiéndose (art. 485) que el menor podrá ser privado del beneficio de la emancipación si hubiese sufrido reducción alguno de sus contratos.

El Código de Italia contiene disposiciones análogas. A pesar de que no puede concederse la emancipación hasta que el menor haya cumplido diez y ocho años, y empieza la mayor edad á los veintiuno también cumplidos, el menor emancipado, aunque lo sea por causa de matrimonio, queda sujeto á una curatela especial, teniendo por curador al padre ó madre, y en defecto de ambos á la persona que nombre el consejo de familia: la mujer casada menor de edad tiene por curador á su marido, ó al que lo sea de éste, si fuese también el marido menor ó incapacitado. Sólo se le concede la simple administración de sus bienes, de cuyo beneficio podrá ser privado, quedando nuevamente sometido á la autoridad paterna ó á tutela, cuando sus actos demuestren, á juicio del consejo de familia, su incapacidad para administrar. Para comparecer en juicio y recibir capitales, necesita

de la asistencia del curador, ya lo sea el padre, la madre ú otra persona, y para todos los demás actos que excedan de la simple administración, en los cuales está comprendido la compraventa, son necesarios el consentimiento de dicho curador, y la autorización del consejo de familia, y además la aprobación judicial para tomar dinero á préstamo, enajenar ó gravar bienes, transigir, etc. (art. 314 al 321 de dicho Código).

En Portugal (art. 305 de su Código civil), la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuese mayor de edad, sin ninguna limitación, teniendo en cuenta para esto la corta duración de dicho estado, que allí es desde los diez y ocho hasta los veintiún años cumplidos en que se entra en la mayor edad; pero si la emancipación es por matrimonio, no produce dichos efectos hasta que el varón cumple los diez y ocho años y la mujer diez y seis.

Disposición análoga se consignó en el proyecto de Código civil español de 1851, pues aunque en el texto de su art. 275 se decía que «el emancipado tiene la libre administración de sus bienes», sin hacer mención de la persona, García Goyena, uno de sus autores, al comentarlo consignó que se concedían al emancipado, *en todo lo relativo á su persona y bienes*, los mismos derechos que al mayor de edad; y como en aquel proyecto se concedía la mayor edad á los veinte años, añadía con razón dicho autor que no encontraba urgencia ni motivo plausible para que un padre emancipase á su hijo á los diez y ocho años, y que debía suprimirse esta emancipación.

El Código civil de Méjico, aunque se inspiró en dicho proyecto, á la vez que fija para la emancipación voluntaria los diez y ocho años, y para la mayor edad los veintiuno cumplidos, y que concede al emancipado la libre administración de sus bienes, le pone las limitaciones de la intervención de un tutor para los negocios judiciales y de la autorización del que le emancipó, y en su defecto de la del juez, para la enajenación, gravamen ó hipoteca de bienes raíces, declarando además que durante la menor edad siempre necesita tutor (art. 692), y por consiguiente, que

goza del beneficio de la restitución *in integrum*, que se conserva en dicho Código.

Basta el extracto que hemos hecho de algunas legislaciones extranjeras á nuestro propósito de poner de manifiesto los diversos criterios sobre el punto de que tratamos. Y concretándonos á nuestro Código, volvemos á preguntar: ¿puede el menor emancipado comprar bienes inmuebles sin el consentimiento de su padre, madre ó tutor? Ya hemos visto que este acto no está comprendido entre las limitaciones que se ponen al menor emancipado en la libre administración de sus bienes, y como es lícito y permitido lo que no prohibe la ley ni rechaza la moral, es lógica y legal la contestación afirmativa á dicha pregunta. Nos confirma en esta opinión el art. 1263, que, tratando del consentimiento, como requisito esencial de todo contrato, declara que no pueden prestarlo *los menores no emancipados:* luego pueden prestarlo los emancipados, y por consiguiente, será válida la compra de un inmueble que haga por sí solo el menor emancipado, puesto que para este contrato no le impone la ley la obligación de obtener el consentimiento de su padre, madre ó tutor, y le habilita para celebrarlo como si fuere mayor de edad.

Pero podrá suceder que el menor, por su inexperiencia ó por el capricho de adquirir la cosa, resulte lesionado en el precio: ¿tendrá algún recurso para indemnizarse? Si en el contrato hubiere mediado intimidación ó violencia, ó error, dolo ó falsedad de la causa que lo invalide, claro es que podrá entablar la acción de nulidad dentro del plazo que fija el art. 1301. Fuera de estos casos, y suprimido por el Código el beneficio de la restitución *in integrum* de nuestro antiguo derecho, la acción procedente sería la de rescisión, y en el art. 1293 se declara que «ningún contrato se rescindirá por lesión», exceptuando únicamente los casos mencionados en los núms. 1.º y 2.º del artículo 1291. Estos casos se refieren á los menores y ausentes, previniéndose en el 1.º que «son rescindibles los contratos que pudieren celebrar los tutores sin autorización del consejo de familia, siempre que las personas á quienes representan hayan

sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubieren sido objeto de aquéllos». ¿Será aplicable este motivo de rescisión al caso de que tratamos? Entendemos que no, porque no es el tutor quien celebra el contrato, sino el mismo menor habilitado por la emancipación para obligarse como si fuese mayor de edad. Esta es nuestra opinión, ateniéndonos al texto de la ley; celebraríamos que la aplicasen los Tribunales en sentido lato, dando lugar á la rescisión por lesión, ó á la reducción del precio que autoriza el Código francés.

Ejercicio del comercio.—Véase lo expuesto sobre este punto en el comentario al art. 262 (pág. 342 de este tomo).

Téngase presente, por último, que la doctrina expuesta en esta sección es aplicable á los hijos sujetos á la patria potestad, á quienes el art. 160 declara emancipados para todos los efectos relativos á los bienes que hayan adquirido ó adquieran con su trabajo ó industria, ó por cualquier título lucrativo. Según dicho artículo, se realiza esta emancipación por el hecho de vivir el hijo independiente de sus padres, siempre que lo verifique con *consentimiento* de los mismos. Siendo, pues, requisito indispensable la concesión del padre ó de la madre que ejerza la patria potestad, ó sea su consentimiento, lógico es deducir que esta emancipación debe producir los mismos efectos jurídicos que la del núm. 3.° del art. 314, si bien limitados á los bienes antedichos, en los que tendrá el hijo el dominio, el usufructo y la administración, y, por consiguiente, que está sujeto á las limitaciones que establece el presente art. 317, y á la edad de dieciocho años que fija el 318, como expondremos en su comentario; ambos artículos son de aplicación general á los emancipados que no han llegado á la mayor edad.

Comparecencia en juicio.—El artículo que comentamos no habla á los efectos de la comparecencia en juicio de consentimiento del padre, madre ó tutor, sino de su asistencia. Creemos que, en efecto, tanto en este artículo, como en el 59, donde el legislador se expresa de un modo idéntico, no se trata de dos palabras sinónimas, sino de dos palabras empleadas una y otra con

toda propiedad y con perfecta conciencia de lo que se exige. No basta para comparecer en juicio el consentimiento del padre, madre ó tutor; comparece desde luego el menor, pero con la asistencia de esas personas. La intervención de procurador hace en muchos casos indiferente esta cuestión.

Véase en el comentario del art. 315 la doctrina de la sentencia de 8 de Junio de 1904.

II

Personas que deben dar el consentimiento al menor emancipado para los actos que no puede ejecutar por sí solo.

Ya hemos visto que, según el art. 317 que estamos comentando, la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuese mayor, pero con la excepción ó limitación de que no podrá tomar dinero á préstamo, gravar ni vender ó enajenar bienes inmuebles sin consentimiento de su padre, en defecto de éste sin el de su madre, y por falta de ambos sin el de un tutor, hasta que llegue á la mayor edad. En la sección anterior hemos expuesto la extensión que ha de darse á esos efectos jurídicos de la emancipación, y los actos comprendidos en estas limitaciones, demostrando también que tanto aquella regla general como estas excepciones sólo son aplicables á los emancipados que, siendo menores de edad, hayan cumplido dieciocho años, y que los menores de esta edad, en cuyo caso sólo pueden encontrarse los emancipados por matrimonio, se rigen por el artículo 59. Vamos á completar el examen de dicho artículo exponiendo las cualidades de las personas que han de suplir con su consentimiento la falta de personalidad del menor emancipado y los requisitos para que sean válidos los contratos de la clase indicada que éste celebre.

Padre ó madre.—En este punto la ley es bien terminante, y la razón del precepto está al alcance de todos. Mientras viva el padre y no esté incapacitado, á él le corresponde dar el consentimiento en los casos de que se trata; y si fallece ó se incapaci-

ta el padre, corresponde á la madre. Que ésta ha de ejercer esa misión protectora del hijo mientras permanezca viuda, y no se incapacite, es incuestionable; pero ¿podrá ejercerla si pierde la patria potestad por haber pasado á segundas nupcias? La ley no distingue; habla en general de la madre, sin excluir á la que haya contraído segundo matrimonio, y, por consiguiente, á falta de padre, corresponde á la madre, permanezca ó no viuda, dar el consentimiento á su hijo menor emancipado para tomar dinero á préstamo, gravar ó enajenar sus bienes inmuebles. Esta facultad no se funda en la patria potestad, que se acaba por la emancipación, sino en el amor y en el interés que naturalmente tienen los padres por sus hijos.

De un tutor.—Como por la inexperiencia de los pocos años pudiera abusarse del menor emancipado en los contratos antes indicados, lesionándole en sus intereses, ordena la ley que á falta de padre y madre intervenga un tutor, que supla la falta de capacidad de aquél y le preste su consentimiento si entiende que el contrato es útil ó necesario al menor, negándolo en otro caso. ¿Quién será el tutor que ejerza esas funciones? ¿Por quién y en qué forma deberá ser nombrado? ¿Qué requisitos necesitará para desempeñar el cargo? Aunque ya hemos indicado nuestra opinión sobre estos puntos en el comentario al artículo 59 (pág. 279 de la 1.ª ed., y 302 en la 2.ª del tomo 1.º), será conveniente ampliar las razones allí expuestas, por si podemos contribuir á disipar las dudas que suelen suscitarse en la práctica.

Es de notar, ante todo, que el presente art. 317 dice que dará el consentimiento *un tutor*, y el 59 que lo dará *su tutor*. Aunque las dos disposiciones responden á un mismo pensamiento, emplean distinta locución por exigirlo así la diferencia de casos á que se refieren. El art. 59 se refiere al caso en que el emancipado por matrimonio sea menor de diez y ocho años, y como al casarse necesariamente había de tener padre, madre ó tutor, de cuyo consentimiento necesita desde el primer momento para administrar sus bienes, por esto se dice que lo dará *su tu-*

tor, dando con esto á entender que ha de ser el mismo que desempeñara el cargo al tiempo de celebrarse el matrimonio. No es igual el caso del art. 317: éste se refiere al emancipado mayor de diez y ocho años, el cual no necesita del consentimiento de dichas personas para administrar, sino sólo para tomar dinero á préstamo, gravar ó enajenar sus bienes inmuebles, y comparecer en juicio; y como no podía tener tutor al ser emancipado por sus padres, que es el caso á que generalmente se aplicará este artículo, y si éstos hubiesen fallecido después, lo necesita para celebrar dichos contratos; por esto se dice *un tutor*, que tendrá que ser especial para aquel caso concreto. Esta explicación conduce á la recta inteligencia de uno y otro artículo, y á disipar las dudas y dificultades de algunos expositores.

Ahora bien: ¿quién deberá ser ese tutor especial, y por quién y en qué forma será nombrado? Si el menor estaba sujeto á tutela al tiempo de ser emancipado, el mismo tutor que entonces tenía desempeñará dichas funciones con intervención del mismo protutor y consejo de familia, y, por consiguiente, á él le corresponderá dar el consentimiento en los casos indicados, con la autorización previa de dicho consejo, conforme al art. 269. Confirma esta doctrina el art. 278, que no enumera la emancipación entre las causas por que concluye la tutela, en consideración, sin duda, como se dijo al comentarlo, á que el menor emancipado, á falta de padre, necesita de tutor para los actos antes indicados, y dando con ello á entender que ese tutor ha de ser el mismo que tuviera al tiempo de la emancipación. Y que así ha de entenderse, se deduce también de los arts. 1352, 1359 y 1361, los cuales dan facultad al tutor, protutor y consejo de familia, que tuviera la mujer menor antes de casarse, para intervenir en representación de la misma, después de emancipada por el matrimonio, en los actos y contratos á que dichos artículos se refieren. Es, pues, clara y evidente la intención del legislador de que cuando el emancipado esté sujeto á tutela al tiempo de serlo, siga bajo la misma tutela, ya sea testamentaria, legítima ó dativa, pues no hay razón para variarla, si bien limitada

á los actos en que la ley exige expresamente la intervención de tutor, y cesando éste en la administración de los bienes, porque la misma ley la confiere al menor emancipado.—Lo mismo ha de entenderse en todo caso respecto del huérfano, á quien el consejo de familia conceda el beneficio de la mayor edad con la aprobación correspondiente, puesto que, según el art. 324, le es aplicable lo dispuesto en el 317.

Pero si el menor estaba sujeto á la patria potestad al ser emancipado, y después fallecen ó se incapacitan el padre y la madre, como carece de tutor, será preciso que se habilite de él cuando tenga que celebrar alguno de los actos ó contratos en que necesita de su consentimiento. No puede hacer este nombramiento el consejo de familia, como algunos pretenden, porque no existe ni puede ser constituído dicho consejo. El juez municipal sólo puede convocar á junta para constituirlo en el caso determinado en el art. 293, el cual, en su referencia al 200, excluye á los menores emancipados, puesto que, según éste, los menores no emancipados son los que están sujetos á tutela; y no existiendo ni pudiendo constituirse el consejo, claro es que éste no puede hacer dicho nombramiento. Tenemos, pues, por indudable que para el caso de que se trata no puede constituirse legalmente la tutela ordinaria, compuesta de tutor, protutor y consejo de familia, y que ha de nombrarse un tutor especial, cuyas facultades están limitadas á dar el consentimiento al menor emancipado, para suplir su falta de capacidad en el acto ó contrato en que la ley exige ese requisito.

No se determina en este lugar la persona á quien haya de conferirse ese cargo de tutor especial, ni por quién ha de ser nombrado; pero, como es regla de recta interpretación que lo dispuesto en una ley ó Código para un caso, es aplicable á los demás casos análogos, cuando nada se dispone en contrario, encontramos la solución en el art. 165. El *defensor* que, según dicho artículo, ha de nombrarse al menor, ejerce funciones análogas á las del tutor de que tratamos, puesto que uno y otro tienen en juicio y fuera de él la representación del menor en un

asunto determinado. Por consiguiente, según lo que en el mismo artículo se ordena, y es de sentido común, deberá conferirse el nombramiento al pariente del menor, á quien en su caso, correspondería la tutela legítima, y á falta de éste, á otro pariente ó á un extraño. Según el art. 211, la tutela legítima corresponde á los abuelos y hermanos del menor, por el orden que en él se determina: ¿quién con más celo é interés podría desempeñar el cargo? Y el nombramiento se hará por el juez de primera instancia á petición del mismo menor, como se ordena en el citado artículo 165, por los trámites establecidos en la ley de Enjuiciamiento civil para el de curadores para pleitos, que es el más adecuado, sin prestar fianza, porque ese tutor nada tiene que administrar, ni tampoco ha de recibir en su caso el precio de la venta, pues ha de limitarse á autorizar el acto dando su consentimiento, si lo cree útil ó necesario para el menor.

Esta es la misión de ese tutor especial, lo mismo que la del padre ó de la madre en su caso: dar el consentimiento al menor emancipado, mayor de dieciocho años, para que tome dinero á préstamo, grave ó enajene sus bienes inmuebles, ó comparezca en juicio. Son árbitros aquellos para dar ó negar ese consentimiento, según entiendan que es útil ó necesario al menor el acto ó contrato por éste concertado. Contra su negativa no se concede recurso alguno, y como sin su consentimiento no puede llevarse á efecto válidamente el acto ó contrato, no queda al menor otro medio que el de esperar por el poco tiempo que le faltará para cumplir los veintitrés años, y hacer entonces lo que más le convenga con la libertad que la ley le concede.

Excusado parece advertir que además del consentimiento del padre, madre ó tutor, necesita la mujer casada menor de edad la licencia de su marido, conforme á los arts. 60 y 61, y como se ha dicho también en el comentario anterior.

¿Bastará el consentimiento del padre, madre ó tutor para la validez de los actos ó contratos antedichos que celebre el menor emancipado, ó será necesaria además la autorización judicial? El art. 317, que estamos comentando, sólo exige aquel consenti-

miento, y por consiguiente, él solo basta, y no es necesaria la aprobación ni la licencia judicial para la validez del acto ó contrato. En los casos en que el Código ha estimado necesario este requisito, lo ordena expresamente, como puede verse en los artículos 164, 188, 225, 1361 y otros, cuyos casos son distintos del actual; y como para éste no exige dicho requisito el presente artículo, es indudable que no es necesario para la validez del acto ó contrato, y que basta el consentimiento del padre, madre ó tutor. Cuando éste sea especial, lo prestará por sí solo, puesto que en tal caso no existe consejo de familia á quien pueda pedir la autorización, ni exige la ley tal requisito; pero si fuese el mismo tutor que tenía el menor al ser emancipado, como está sujeto á las condiciones con que fué nombrado para desempeñar el cargo, habrá de pedir al consejo entonces constituído la autorización que previene el art. 269, para salvar su responsabilidad.

En apoyo de la doctrina expuesta, sobre ser innecesaria en estos casos la autorización judicial, concluiremos citando la resolución de la Dirección general de los Registros de 3 de Junio de 1890. Un Registrador de la propiedad se negó á inscribir una escritura de venta de bienes inmuebles parafernales, otorgada por dos mujeres casadas, menores de edad aunque mayores de dieciocho años, con licencia de sus respectivos maridos y con el consentimiento de su madre viuda, fundándose en que las vendedoras carecían de capacidad para efectuar esa enajenación por no haber precedido la autorización judicial El juez delegado y su superior acordaron la inscripción del documento, por considerar que se habían llenado los requisitos de los arts. 317 y 61 del Código civil; que eran extradotales los bienes de que se trataba, y que no era aplicable á ellos el art. 1361, que exige la autorización judicial solamente para la enajenación de bienes de la dote inestimada. Interpuesta apelación por el Registrador, la Dirección general confirmó la providencia apelada. En los considerandos de esta resolución se trata ampliamente esa cuestión, interpretando, rectamente á nuestro juicio, los artículos

citados: puede verse en la *Gaceta* de 4 de Octubre de 1890, y en la página 358 del tomo 88 del *Boletín de la Revista de Legislación.*

Jurisprudencia —Después de publicada la primera edición de este tomo se han dictado multitud de Resoluciones de la Dirección de los Registros relativas á la interpretación y aplicaciones del art. 317, demostrando un criterio vacilante, que más bien ha servido para rodear de sombras la inteligencia de un artículo que parecía claro; pero que no debe producir extrañeza dada la índole de las cuestiones presentadas y la dificultad de su resolución.

Del Tribunal Supremo sólo conocemos una sentencia de interés, ya citada en el comentario del art. 59, que es la de 12 de Febrero de 1902. Afirma esta sentencia, cuya doctrina es clara y nos parece evidente, que el tutor que debe prestar su consentimiento al menor, con arreglo á los artículos 59, 317 y 324, es el mismo que ya tuviese el menor, y que ese tutor interviene por sí sólo, sin necesidad de autorización ni conocimiento del consejo de familia, porque la situación del menor es esencialmente distinta cuando se ha emancipado por el matrimonio, que antes, y porque la intervención del tutor es, en el caso del artículo 59, idéntica á la del padre ó madre, y no requiere más formalidades ni requisitos.

En cuanto á las Resoluciones de la Dirección, tienden por regla general á la interpretación restrictiva del artículo.

Como actos permitidos al menor emancipado, por no hallarse comprendidos entre los que taxativamente determina el art. 317 se hallan, según la doctrina de la Dirección:

1.º La posposición de hipoteca hecha por una menor emancipada en favor de un acreedor hipotecario de su padre. (Resolución de 20 de Junio de 1898.)

2.º La cancelación de hipoteca voluntaria. (Resolución de 15 de Mayo de 1902.)

3.º La representación de sus hijos en una partición de herencia, por no tener en cuenta la ley, á los efectos de la repre-

sentación, la mayor ó menor edad de los padres, no distinguir el art. 1060, y no prohibirlo el 59 ni el 317. (Resolución de 29 de Noviembre de 1901.)

4.º Conferir poder á un tercero para la enajenación de sus bienes. (Resolución de 20 de Marzo de 1897.)

Algo atrevida es la doctrina de la Dirección, porque desprendimiento de derechos hay en la posposición de hipoteca, y más aún en su cancelación, sobre todo si no se funda en el pago de la deuda; pero la resolución más inconcebible es la que se refiere á la facultad de dar poder el menor á un tercero para enajenar sus bienes. Con esta facultad queda anulado el art. 317: todo lo que se prohibe al menor emancipado, podrá hacerlo valiéndose de un apoderado, y esto es un absurdo. La facultad para conferir un poder está íntimamente relacionada con las facultades que en ese poder se confieran, porque el mandante en tal acto transmite al mandatario el derecho para realizar lo que aquel puede hacer por sí, nunca una facultad que no está en el mandante y no es por tanto transmisible. El menor emancipado puede, con arreglo al art. 317, dar poder para todos los actos que le están permitidos; no puede darlo para ningún acto de los que se le prohiben á no mediar el consentimiento de su padre, madre, ó un tutor. Esta es, sin género alguno de duda, la recta interpretación del art. 317 en esta materia.

5.º Intervenir en una partición de herencia. (Resolución de 4 de Noviembre de 1896, examinada en el comentario del artículo 165.)

De la última Resolución citada y de la de 19 de Noviembre de 1898, también examinada en dicho art. 165, se deduce que si bien en la simple partición de bienes el menor emancipado no necesita el consentimiento de su padre, madre ó tutor, cuando en la partición se adjudican bienes en pago ó para pago de deudas, ese consentimiento es indispensable, y si no pueden prestarlo el padre ó la madre por hallarse interesados en la herencia, habrá de prestarlo un tutor, ó un defensor judicial como afirma la última de las citadas resoluciones.

Tratando de conciliar el precepto del art. 165 que se refiere sólo á los hijos *no emancipados,* con el del 317 en esa situación especial creada por la incompatibilidad de los padres, sostienen notables comentaristas que la necesidad del consentimiento del padre ó madre atañe solamente á las relaciones de los menores emancipados respecto á terceros, y no á las relaciones con sus padres mismos, á favor de los cuales pueden enajenar bienes por sí solos, como pueden litigar con ellos sin autorización, y aun sin habilitación judicial, á tenor del art. 1998 de la ley de Enjuiciamiento civil, sin deberse nunca recurrir á un ilegal nombramiento de defensor.

No nos satisface esta opinión, que, por otra parte, tiene el inconveniente de no dejar resuelta en definitiva la cuestión. Está inspirada en el acuerdo de la Dirección de 19 de Noviembre de 1898, y como en él se trataba de adjudicaciones en pago y para pago de deudas hechas á favor de los mismos padres en una herencia en que estaban los hijos interesados, los aludidos comentaristas creen resolver el conflicto, suponiendo que al contratar con sus padres, no necesitan los hijos el consentimiento de ellos, ni el de otra persona alguna, por deber entenderse aplicable el art. 317 sólo á los contratos celebrados por los hijos con personas extrañas. Pero supongamos que en la partición se adjudican bienes en pago de deuda á un acreedor extraño, y que, además, el padre ó la madre se hallan interesados como coherederos. En este caso, como en lo relativo á la adjudicación por deudas el menor emancipado no contrata con su padre, necesitará el consentimiento de alguien, con lo cual sigue la dificultad en pie, ó no ha quedado definitivamente resuelta.

Aparte de esto, el art. 317, como el 59, no distinguen entre padres, tutores ó extraños, y la razón del precepto es idéntica, ya enajene el menor en favor de su padre ó de un tercero. Lo que se dice de los padres tendría que aplicarse al tutor, dejando á los menores en una situación peligrosa, y no es lo mismo vender bienes á una persona que litigar con ella.

Vemos más racional aplicar por analogía el art. 165, ó suponer que al exigir el art. 317 el consentimiento de un tutor, á falta de padre ó madre, se refiere no sólo al caso de haber éstos fallecido después de la emancipación, sino también al caso de incapacidad ó de incompatibilidad de los mismos, en suma, á todos aquellos casos en que el padre ó la madre no puedan intervenir, y deban descontarse como si no existieran. Y como según la sentencia de 12 de Febrero de 1902, ese tutor no necesita en tal caso para nada el consejo de familia ni al protutor, queda realmente convertido en un defensor judicial.

Falta otra cuestión importante y de ella se ocupan las Resoluciones de 3 de Enero de 1890, 14 de Diciembre de 1896, 19 de Noviembre de 1898 y 24 de Enero de 1901.

Se trata de resolver si el art. 317 es aplicable, en general, á todos los casos de emancipación, ó sólo á la emancipación voluntaria, y se estudia el caso con relación á la capacidad de una mujer casada menor de edad para enajenar sus bienes parafernales. La primera de las citadas Resoluciones, juzgando aplicable al caso el art. 317, exigió la licencia del marido y el consentimiento del padre, madre ó tutor. Las otras tres Resoluciones sostienen, por el contrario, que basta la intervención del marido, por referirse el art. 317 exclusivamente á la emancipación voluntaria ó por concesión de los padres. Reservamos el examen detenido de estas Resoluciones y de la grave cuestión que entrañan para el comentario del art. 1387.

ARTÍCULO 318

Para que tenga lugar la emancipación por concesión del padre ó de la madre, se requiere que el menor tenga diez y ocho años cumplidos y que la consienta.

Refiérese este artículo, como claramente se desprende de su contexto, á la emancipación voluntaria definida en el núm. 3.º del art. 314, y exige para que ella tenga realidad, que en el acta levantada por el juez municipal del domicilio del emanci-

pante, si á dicha autoridad se acudiera, ó en la escritura pública, cuando interviniere un notario, se haga constar: 1.°, que el emancipado ha cumplido dieciocho años, lo cual se comprobará por copia certificada de la inscripción de nacimiento, á la que necesariamente se hará referencia en las actas ó escrituras, según los casos; y 2.°, que el emancipante presta de modo espontáneo su consentimiento, y que el emancipado acepta, sin apremio alguno, la emancipación. Así se deduce del presente artículo y del 316.

Es ésta aquella forma de ser los hijos emancipados que la ley 15, tít. 18 de la Partida 4.ª detalla minuciosamente, y que, salvo las cuatro razones determinadas en la ley 18, se reputaba en principio voluntaria. Claro es que esas leyes, la 4.ª, tít. 5.°, libro 10 de la Nov. Rec., y la de 14 de Abril de 1838, han quedado derogadas por el Código, y que la emancipación, convertida por el Rey Felipe V y la ley de 1838 en verdadera gracia al sacar, ha vuelto en nuestro derecho á su natural filiación, retornándola el Código el carácter de la libérrima manifestación de la voluntad paterna, é inherente por ello á las atribuciones de la patria potestad. Cuando ésta se suspende ó termina, no hay para qué decir que los hijos menores de edad no podrán aspirar á ser emancipados sino por el matrimonio ó por llegar á los veintitrés años. El consejo de familia podrá conceder el beneficio de la mayor edad (art. 322), pero no la emancipación.

El requisito de los dieciocho años cumplidos que exige el presente artículo para que tenga lugar la emancipación por concesión del padre ó de la madre, se establece como regla general, que será aplicable también al caso del art. 160. Según él, ha de reputarse como emancipado el hijo que con consentimiento de sus padres viva independiente de éstos, para los efectos relativos á los bienes que haya adquirido ó adquiera con su trabajo ó industria, ó por cualquier título lucrativo. Se requiere, pues, para esta emancipación el consentimiento ó concesión del padre ó de la madre, y está comprendida, por tanto, en la letra del artículo que estamos comentando: por consiguiente, no producirá

dichos efectos hasta que el hijo cumpla los dieciocho años, y aun entonces habrá de sujetarse á las restricciones del art. 317. Esto no obsta para que el hijo así emancipado haga suyos los bienes que adquiera con su trabajo ó industria; pero no podrá administrarlos sin el consentimiento de su padre, madre ó tutor hasta que cumpla dicha edad, como lo previene el art. 59 para los emancipados por matrimonio. No tenemos necesidad de exponer los gravísimos inconvenientes, en el orden moral y social, de conceder á un menor de dieciocho años la libre administración de sus bienes: la ley no puede autorizar ni ha autorizado nunca semejante desatino.

Tampoco se hace preciso decir que ha desaparecido la llamada emancipación forzosa. Lo que hoy ocurre es que se suspende ó se priva á los padres de las atribuciones propias de la patria potestad, pero en caso alguno serán aquéllos constreñidos á emancipar á sus hijos, como en el antiguo derecho, sea cualquiera el motivo que pudiera invocarse (1).

ARTÍCULO 319

Concedida la emancipación, no podrá ser revocada.

Consígnase aquí el principio de la irrevocabilidad de la emancipación, carácter que ya reconocieron las leyes de Toro á los emancipados por matrimonio, que lo eran en todas las cosas y *para siempre*, y que hoy se sanciona también para la emancipación voluntaria, derogando la ley 19 del tít. 18 de la Partida 4.ª, que ordenó que el hijo emancipado vuelva bajo la potestad de su padre por ingratitud, esto es, deshonrándole malamente de palabras ó de hecho. Ya se ha indicado también que el Código francés y el belga disponen que el menor emancipado, cuyos contratos hubiesen sufrido reducción, puede ser privado de las ventajas de la emancipación, siguiendo para ello las mismas formas que tuvieron lugar para conferírsela.

---

(1) Véanse los comentarios á los artículos 167 al 172 inclusive.

Afortunadamente, nuestro Código ha aceptado de modo resuelto la buena doctrina de la absoluta irrevocabilidad de la emancipación, ya se obtenga por ministerio de la ley, ya por la voluntaria concesión de quien ejerza la patria potestad. Aunque el presente artículo, en las palabras *concedida la emancipación*, parece referirse al caso 3.° del 314, su precepto de «no podrá ser revocada» no puede menos de aplicarse también á los otros dos casos de dicho artículo, puesto que en ellos se produce la emancipación por causas irrevocables y permanentes, como son la mayor edad y el matrimonio, realizados los cuales no puede volver el emancipado á la patria potestad ni á la tutela de que se libró por dichas causas, salvo el caso de nulidad del matrimonio ya expuesto en uno de los comentarios anteriores. Para estos dos casos no había necesidad de declarar que es irrevocable la emancipación, por ser esto esencial y propio de la naturaleza de los mismos.

APENDICE

DE LA EMANCIPACIÓN SEGÚN EL DERECHO FORAL

Ante el texto del art. 12 del Código civil y la doctrina explícita del Tribunal Supremo al fijar su recta interpretación (sentencias de 1.° de Abril de 1891 y 31 de Marzo de 1892), nos parece innecesario examinar la cuestión presentada por algunos tratadistas respecto á si la ley de Matrimonio civil rige en las provincias aforadas por lo que se refiere á la emancipación. La jurisprudencia que en favor de la opinión afirmativa se invoca, fundándola en las sentencias de 19 de Julio de 1875, 9 de Octubre de 1879 y 11 de Julio de 1882—aparte de que, como acertadamente ha dicho el Tribunal Supremo (sentencia de 3 de Noviembre de 1892), «en los pleitos que hayan de resolverse por las disposiciones del Código civil, es inaplicable y no ha podido infringirse la jurisprudencia anterior á la época en que el Código empieza á regir»—resulta aquella doctrina virtualmente derogada por la consignada en la sentencia de 31 de Marzo

de 1892, al tratar de la patria potestad foral, diversamente reglamentada en la ley de Matrimonio civil, que lo está por las legislaciones privativas de los territorios aforados. Rigen, por lo tanto, en las comarcas forales respecto á emancipación, especiales disposiciones, que muy concretamente habremos de examinar para completar el estudio de esta institución.

Cataluña.— Discretamente consigna el Sr. Durán y Bas—*Memoria acerca de las instituciones del derecho civil*—que en Cataluña las relaciones jurídicas emanadas del derecho familiar se inspiran en las tradiciones de las leyes romanas, dulcificadas por los cánones de la Iglesia; precedentes legislativos, que con algunos *Usatges* y Constituciones, forman el vigente cuerpo del derecho civil catalán, y son, por lo tanto, en la actualidad ley en materia de emancipación, dentro, por supuesto, de la especialidad del mismo derecho foral aplicable á ciertas demarcaciones de Cataluña. Así no es preciso consignar que con la emancipación termina, como en el derecho romano, la patria potestad, y que aquélla puede ser voluntaria y forzosa; constituyendo además el matrimonio una de las formas, expresamente reconocida en el derecho foral, de producirse la emancipación (ley única, tít. 8.º, libro 8.º, Const.), siempre que el hijo ó hija descendiente se casen con licencia del padre ó de las personas en cuya potestad se hallasen, aunque continúen viviendo en su compañía. Es notable la represión especial que las Costumbres de Tortosa imponen al hijo que se casare sin consentimiento paterno, de permanecer, si es varón, en la patria potestad, tanto, él como sus hijos; y si fuese hembra, la de continuar bajo el poder de su padre, habitando en su casa y compañía sin llevarse á efecto la unión matrimonial (Const. 7.ª, rub. 1.ª, lib. 6.º).

No están conformes los tratadistas en cuanto á si la profesión religiosa produce en Cataluña la emancipación legal. Los escritores canonistas sostienen la afirmativa; pero la generalidad de los expositores de aquel derecho, niegan que haya ley ni costumbre alguna que la consigne, por lo cual no la admiten como vigente en Cataluña.

Tampoco hay uniformidad de pareceres acerca de la emancipación *per separatam economiam*, esto es, si la conocida constitución del Emperador León, que la introdujo en Roma, forma parte del Cuerpo legal en Cataluña. El ilustre autor de la Memoria sobre *Instituciones de derecho catalán*, no la cree vigente en la actualidad, contra la opinión de los comentaristas Sres Cebrián y Vives, que opinan favorablemente á su virtualidad.

Respecto á la emancipación por edad, del contexto de la ley 2.ª, tít. 11 de las Constituciones, se deduce que la edad no constituye al hombre en situación de emancipado, y que no hallándose vigente en este extremo la ley del Matrimonio civil, no existe en Cataluña tal emancipación; y por lo que hace á la otorgada por el padre, han de estimarse en vigor las disposiciones del Derecho romano, tanto en la materia en general, como en lo relativo á la edad suficiente para que los hijos puedan ser emancipados.

No siendo aplicables en Cataluña las leyes de Toro, claro es que los emancipados por matrimonio no adquieren la libre administración de sus bienes, y que en este asunto, como en lo relativo á contratos de los emancipados, deben invocarse los principios de las leyes romanas sobre restitución *in integrum* y nombramiento de curadores; toda vez que si el emancipado sale de la patria potestad, no por ello deja de serle necesaria la autoridad del curador, rigiendo en este punto en Cataluña la ley de Enjuiciamiento civil.

Especialísimas disposiciones dentro del derecho catalán son las contenidas sobre emancipación en los fueros de Tortosa: fueros que admiten, como ya se ha indicado, la emancipación por matrimonio, así como la voluntaria y forzosa y la de mayor edad, produciendo, según la opinión de los tratadistas, la emancipación en Tortosa la plena capacidad jurídica del emancipado; permitiéndose, finalmente, la dispensa de edad al mayor de dieciocho años y menor de veinticinco, previa autorización judicial, sin que tenga en ese caso el beneficio de la restitución *in integrum*.

En conclusión, y además de las sentencias ya invocadas sobre la aplicación á Cataluña de sus especiales disposiciones de derecho foral después de la promulgación del Código, en todo lo que á la emancipación se refiere, el Tribunal Supremo tiene declarado: 1.°, que en Cataluña rigen las disposiciones de sus fueros en materia civil, doctrina que ha de relacionarse hoy con las prescripciones del art. 12 del vigente Código; 2.°, que en las provincias del antiguo Principado se observarán, á falta de la ley regional, como supletorios, el Derecho romano y el de Partidas (Sent., 30 de Diciembre de 1862); y 3.°, que la ordenación de los prohombres de 1425 está limitada al radio de Barcelona (Sent., 5 de Diciembre de 1864).

Aragón.—La doctrina de la emancipación, como escribe acertadamente el Sr. Ramos (*Capacidad de los menores*, parte 2.ª, capítulo 4.°) no ha de estudiarse en Aragón sino como aquel estado de derecho que produce en el emancipado la libre capacidad de obrar, ó sea con relación á los menores solteros, ó menores casados, entendiendo que el mayor de catorce años, pero menor de veinte, que vive sometido á sus padres, no adquiere la verdadera emancipación, y sus obligaciones y contratos precisarán la intervención de sus padres. Si éstos faltasen al menor de catorce años, queda emancipado desde luego por no ser obligatoria la tutela.

En lo que hace á la emancipación por matrimonio, entienden algunos autores que los casados se reputan completamente emancipados, pudiendo contratar sin la intervención de sus padres; capacidad que subsiste, aun quedando aquéllos viudos, antes de cumplir los veinte años; pero es de tenerse muy presente en la materia, como principio general en Aragón, que el mayor de catorce años y menor de veinte no puede, no mediando la intervención de los padres, y en su defecto autorización judicial, enajenar ni celebrar contrato alguno, según el Fuero *Ut minor vigenti annorum* de 1564, ni tampoco puede, sin impetrar el consejo de dos parientes legítimos y buenos, más próximos al pupilo, de aquella parte de donde provengan los bienes, otorgar contratos

ni intervenir en acto alguno con el que fué su tutor (*Derecho civil aragonés*, por D. Andrés Blas; libro 1.º, tít. 1.º, cap. 1.º, sección 6.ª). Por lo demás, la absoluta emancipación de los casados viene admitida en el Fuero ó juicio de 1564, y repetimos que en Aragón, la doctrina relativa á la emancipación, es por todo extremo especialísima. Así, aun cuando los Fueros estimaban la mayor edad á los catorce años (*F. de contrac, minorum*, libro 5.º), tanto por la costumbre como por lo dispuesto en el conocido Fuero *Ut minor vigenti annorum*, sólo habrá de admitirse la emancipación por edad á los veinte años cumplidos; época de la vida en que el individuo adquiere en Aragón la plenitud de capacidad jurídica. Este principio no rige tampoco para los mayores de catorce años pero menores de veinte emancipados por matrimonio celebrado con el debido consentimiento de las personas llamadas á prestarlo; pues entonces, por expresa disposición del Fuero, poseen absoluta capacidad, como ya queda indicado.

Navarra.—El Fuero general de Navarra no reconoce la patria potestad, si bien el padre tiene confiada una verdadera tutela sobre la persona y bienes de sus hijos durante su menor edad; autoridad tutelar que el Fuero encomienda á los parientes más próximos á falta de aquél. Es especialísima la disposición foral contenida en la ley 1.ª, tít. 10, libro 3.º de la Novísima Recopilación de Navarra, por virtud de la cual el padre que contrae segundas nupcias pierde la patria potestad, ó, mejor dicho, esa tutela sobre la persona y bienes de las criaturas del primer matrimonio; disposición reconocida vigente por sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Marzo de 1892. Por lo expuesto creemos que, aparte la voluntaria concesión, ó la concedida por real gracia, sólo la mayor edad—fijada en veinticinco años y que en nada ha podido alterar el Código civil (sentencia de 1.º de Abril de 1901)—otorga la plena capacidad jurídica en que consiste la emancipación. Y no entendemos que el matrimonio la produzca, porque éste regula sus efectos en Navarra por el derecho de Roma, no estando vigente, acerca de la administración de bienes conferida á los casados, ni las leyes de Toro,

ni las disposiciones del vigente Código civil, por lo cual toda la materia de emancipación habrá de regirse por las leyes romanas, sin que el casado menor de edad pueda, por tanto, administrar sus bienes.

Vizcaya.—No reviste importancia alguna la doctrina de la emancipación, estudiada con arreglo á la legislación foral de Vizcaya. Prescindiendo de que en las villas y centros de población rige el derecho de Castilla, y sólo en la tierra llana y en el campo se aplican los fueros, la disposición especial contenida en la ley 2.ª, tít. 22 del Fuero de 1522, permitiendo al mayor de dieciocho años salir de la curaduría sin haber cumplido veinticinco, y facultándole para administrar sus bienes, previa información judicial, puede hoy muy bien comprenderse dentro del artículo 322 del Código, cuyas disposiciones creemos aplicables en toda la materia. La jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior al Código civil tenía ya declarado (sentencia de 23 de Febrero de 1866) que cuando en Vizcaya hay falta de disposición foral, habrá de acudirse á lo que sobre el asunto se halle consignado en las leyes generales del reino. De modo que no existiendo especiales disposiciones en el Fuero general relativamente á la emancipación, habrán de aplicarse en Vizcaya los preceptos del Código civil como ley general del reino.

CAPITULO II

De la mayor eaad.

La personalidad del hombre, dice Ahrens, es la razón de la capacidad de su derecho. Ya lo había así reconocido la jurisprudencia inmortal de los romanos al establecer que todo derecho residía esencialmente en las personas, y que sólo debían reputarse tales aquellos que, por no venir sujetos á la potestad dominical ó paterna, eran *sui iuris*, esto es, capaces de derechos y susceptibles de obligaciones. De ahí la necesidad, dentro del rigor de los principios, de considerar como cosas á los hijos de familia y á los esclavos, objeto, por tanto, y nunca sujeto, de las determinaciones del derecho.

Pero partiendo del supuesto indiscutible de que sólo las personas, reales ó jurídicas, son el atributo del derecho, acontecía que en los menores de edad, la jurisdicción del tutor, instituído en la legislación de los decenviros, supliendo la incapacidad de los impúberes, y más tarde el curador para los ya púberos, y los beneficios de restitución á ellos otorgados por los pretores, permitían distinguir una línea separatoria entre el derecho y el ejercicio del derecho; línea separatoria, cuyos puntos arrancaban de la distinta edad de las personas.

Los principios de Roma son nuestros principios, que al fin la ciencia de aquel gran pueblo, salvo las evoluciones históricas de la patria potestad, de la ciudadanía y de la servidumbre, informa hoy el espíritu de las modernas leyes en la materia que vamos á estudiar.

Nuestro Código civil es bien explícito en otro lugar, no ajeno, ciertamente, á la doctrina del presente capítulo. La personalidad jurídica, dice en los artículos 29 y 32, se determina por el nacimiento y se extingue con la muerte de las personas: la

menor edad, la demencia ó imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción, no son más que restricciones de la personalidad; pero los menores y los incapacitados son susceptibles de derechos y aun de obligaciones.

Nace, pues, el estado jurídico con el advenimiento á la vida de la persona, sin que á ello contraríe el que los póstumos se reputen como nacidos desde su concepción; pues claro es que, ínterin no alcancen por el nacimiento la realidad de existencia, no se desenvuelve su derecho, que entonces sufre una retroacción en lo que les sea favorable. Y extínguese el llamado estado civil con la muerte, que pone fin á todos los derechos, excepto, por ficción jurídica, los transmitidos en las sucesiones testamentaria ó intestada, en las cuales continúa en el heredero representada la personalidad del causahabiente.

Circunscribiéndonos á la labor propia del presente capítulo, hemos de consignar que la menor edad restringe el ejercicio de derechos, si el menor no se halla emancipado legalmente ó no ha obtenido dispensa, conforme al art. 322; pero sin que haya de olvidarse que desde el instante del nacimiento posee aquél la personalidad jurídica, la cuál sólo desaparece con la muerte. La mayor edad termina esas restricciones; con ella adquiere el individuo todas las facultades inherentes al ordenado ejercicio de los derechos civiles, y desaparece por innecesaria la autoridad del tutor, que asumía y representaba la personalidad del pupilo ó menor no emancipado.

Venimos hablando de los derechos civiles, porque el ejercicio de los políticos, determinantes de la relación jurídica del individuo con el Estado, presupone un conjunto de condiciones no debidas al simple hecho del nacimiento, sino á exigencias de la ley. Esta las determina, y del precepto legal arranca su existencia. Ser elector, ser jurado, tener opción á cargos públicos, representa el ejercicio de un derecho de ciudadanía, mientras que poder ó no obligarse significa un derecho civil siempre existente, pero cuyo ejercicio se limita por incapacidad temporal, como la edad del sujeto, ó de modo indefinido, cual acontece con

la interdicción absoluta perpetua. Más claro: los derechos civiles surgen con la realidad de la persona jurídica; los derechos políticos nacen cuando el individuo posee la suma de condiciones escritas en la ley.

El Código, en el presente capítulo, se refiere á la capacidad del mayor para todos los actos de la vida civil; determina la época en que al hombre se le reputa mayor de edad; distingue en este extremo, y por vía de excepción, la situación jurídica de las hijas cuando viven en la casa paterna; establece la dispensa de edad para los huérfanos mayores de diez y ocho años, y declara aplicables al presente, parte de los preceptos del anterior capítulo; razón que, á nuestro juicio, abona se haya comprendido la doctrina de la emancipación y de la mayor edad bajo un título común, siquiera se divida en dos diversos capítulos, como exigía el adecuado método.

ARTÍCULO 320

La mayor edad empieza á los veintitrés años cumplidos.

El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvas las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.

La época de la existencia en que el individuo es mayor de edad; el principio general de que, al serlo, adquiere la capacidad para todos los actos de la vida civil; las excepciones de ese principio consignadas en otros lugares del Código: he aquí la materia del presente artículo.

I

Cuándo empieza la mayor edad, según nuestra legislación y las extranjeras.

La mayor edad, según el presente artículo, empieza hoy en España á los veintitrés años cumplidos.

Para determinar el momento en que se adquiere la mayoría de edad se han planteado tres interpretaciones diferentes. Según la primera, se empieza á ser mayor de edad al principio del día en que se cuenten tantos aniversarios del nacimiento como años se requieran para ser mayor. Conforme á la segunda, la mayoría se obtiene al fin de ese mismo día, y conforme á la tercera, de momento á momento, ó sea á la hora correspondiente á la del nacimiento. Este último sistema, el único conforme con la verdad, es el aceptado por nuestro Código al requerir la edad cumplida. La ley de Registro civil, al establecer que en la inscripción del nacimiento debe hacerse constar la hora, día, mes y año (art. 48) en que ocurra, da facilidades y es un poderoso argumento en favor de esta solución.

La manifestación externa de los signos de la pubertad resolvía en los pueblos de civilización rudimentaria el tránsito de la menor á la mayor edad; nota característica que vemos predominar en el rigor del primitivo derecho de Roma, y que los decenviros llevaron á las Doce Tablas, importándolo de los antiguos pueblos orientales. El púber poseía la plenitud de derechos, cuando no resultaba en la condición de esclavo ó hijo de familia; y partiendo de su aptitud fisiológica para constituir una nueva familia, se le reputaba capacitado en los actos todos de la vida civil, y terminaba la hasta entonces necesaria autoridad de los tutores.

Pero el hombre no llega á la plenitud de sus facultades intelectuales cuando la naturaleza le indica que es apto para reproducirse, y el período intermedio entre la pubertad y la edad de la reflexión, si no por la ley, llegó á imponerse por la realidad de las cosas. Así la famosa ley *Plaetoria*, fijando er veinticinco años la mayor edad complementada por los equitativos edictos de los Pretores y la generalización de la curatela en tiempos de Marco Aurelio, vinieron á sancionar la doctrina legal de la incapacidad de los púberes menores de veinticinco años; doctrina que era la de nuestro derecho de las Partidas, estimado como vigente, contra lo admitido en los Códigos de procedencia germánica. La

curatela había, pues, surgido en la historia como continuación de la tutela: sutilezas jurídicas, ó más bien escolásticas marcaban sus diferencias, olvidándose de que, en principio, la protección á la persona del menor era el fin de la una y de la otra; y al refundirlas los modernos Códigos, en la sola institución de la tutela, resolviendo que ésta permanezca hasta la emancipación ó la mayor edad, han adoptado un criterio racional en el asunto.

En lo que hace á nuestro Código civil, al determinar en su art. 320 la época de la mayor edad, se ha apartado muy discretamente de los precedentes de nuestro derecho patrio, y conforme á la base 8.ª de la ley de 11 de Mayo de 1888, se ha fijado aquélla en veintitrés años; edad que supone en el hombre la bastante reflexión y madurez de juicio para administrar y disponer libremente de sus bienes, así como la capacidad necesaria para contratar y obligarse.

El Proyecto de Código de 1851, apartándose también de los precedentes romanos reproducidos en la ley 2.ª, tít. 19, Partida 6.ª, que fijaba en veinticinco años la mayor edad, trató de inspirarse en los Códigos de procedencia germánica que la determinaban en veinte años (leyes 13, tít. 2.°, y 3.°, libro 4.° del Fuero Juzgo, y 1.ª, tít. 7.°, libro 3.° del Fuero Real).

De otra parte, nuestras legislaciones forales tampoco estaban uniformes al señalar la época de la vida en que el hombre alcanzaba la mayoría de edad. La legislación *aragonesa* permitía al mayor de catorce años otorgar testamento, capitulaciones matrimoniales y poderes en asuntos civiles; pero le prohibía enajenar, hacer donaciones, y en general, contratar sin el consentimiento de sus padres, y en su defecto, de autorización judicial. Sólo los hijos casados, mayores de catorce años, podían celebrar tales actos, como si fuesen mayores de veinte años, época en que realmente empezaba allí la mayoría de edad.

Respecto al derecho foral de *Navarra*, si bien el cap. 5.° del *Amejoramiento del Fuero*, fijaba en catorce años la mayor edad, debido, sin duda, á la influencia del derecho general de Castilla,

se introdujo la costumbre de considerar menor de edad al que no había cumplido veinticinco años, época de la vida que era la fijada en el derecho romano, supletorio del foral (1).

En *Cataluña*, conforme á lo dispuesto en sus Constituciones, al cumplir el hombre los veinticinco años era mayor de edad y

---

(1) El Tribunal Supremo, en sentencia de 1.° de Abril de 1891, ha declarado que debe seguir rigiendo en Navarra la costumbre de que la mayor edad empieza al cumplirse los veinticinco años, sin que sea aplicable en aquel territorio la de veintitrés años que establece el Código civil, casando la de la Audiencia de Pamplona, que declaró lo contrario. Importa conocer los fundamentos de dicha sentencia, que dicen así:

«Considerando que de acuerdo con lo prevenido en el art 5.° de la ley de 11 de Mayo de 1888, estableciendo las bases para la redacción del Código civil, ordena éste en su art. 12 que, con excepción de las disposiciones que expresa el párrafo 1.°, «las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito ó consuetudinario, por la publicación del Código, que regirá solamente como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales:

»Considerando que, con arreglo á lo que dispone el art. 15, los derechos y deberes de familia, los relativos al estado, condición y capacidad legal de las personas, y los de sucesión testada é intestada, declarados en el Código, no pueden aplicarse á las personas nacidas en provincias ó territorios donde subsiste derecho foral, de padres sujetos al mismo, si no hubiesen ganado vecindad, en la forma que dicho artículo determina, en territorios regidos por la legislación común:

»Considerando que, atendidos estos terminantes preceptos, el estado de derecho ó régimen jurídico constituído por leyes ó por costumbres en los territorios forales, debe respetarse íntegramente, y sólo puede ser alterado por el modo y en la forma á que se refiere el art 6.° de la citada ley de Mayo de 1888:

»Considerando que, según reconocen los litigantes y la Sala sentenciadora, en contra de lo que consignan el Fuero y su Amejoramiento, se observa en Navarra, sin precisar desde qué tiempo, la costumbre de que la mayor edad empieza al cumplirse los veinticinco años, que es lo mismo que dispone el derecho romano, supletorio del foral; y aun admitiendo que semejante costumbre se introdujese por la influencia que el derecho de Castilla ejerciera en el de la provincia, es indudable que forma parte de su actual régimen jurídico que, sea escrito ó no lo sea, subsiste por ahora y no se ha modificado por la sola publicación del Código civil, que no puede invocarse en aquel territorio sino en defecto de la legislación navarra y de la romana:

»Considerando que, por consecuencia de lo expuesto, por estar sujeto el recurrente al Fuero de Navarra, y por contar veinticuatro años cuando celebró en Pamplona el convenio de que se trata, que fué á los cinco días de haber comenzado á regir el Código civil, carecía de capacidad legal para obligarse; y en este concepto, la sentencia recurrida, al declarar lo contrario, fundándose en lo que respecto de la mayor edad dispone el Código, infringe los artículos del mismo, de que se ha hecho mención.»

gozaba de la plenitud de derechos, salvo las limitaciones de la patria potestad viviendo el padre, cuya mediación continuaba entonces siendo necesaria, sin que los menores, aun hallándose emancipados, obtuviesen su perfecta capacidad hasta llegar á la mayor edad. Y como no creemos que la ley del Matrimonio civil, que reputa emancipados legalmente á los que hubiesen llegado á la mayor edad, rija hoy en Cataluña, tanto por ser aquélla anterior al Código, como por los preceptos de éste dejando subsistentes las legislaciones forales en la materia—extremo sobre el cual ya ha sentado también jurisprudencia el Tribunal Supremo al hablar de los derechos de patria potestad—es nuestra opinión que en Cataluña la mayor edad es á los veinticinco años; que ella otorga plenitud de derechos á los mayores no sujetos á patria potestad, y que, viviendo el padre, es necesaria su intervención en los actos del hijo, aun siendo éste mayor de edad.

Deducíase, finalmente, de la disposición general del Fuero de *Vizcaya*, que la menor edad terminaba allí á los veinticinco años, porque entonces, salvo dispensa judicial, se adquiría la facultad de administrar sin la intervención de curador; pero publicado el Código civil, y no existiendo disposición foral expresa, deberá entenderse, á nuestro juicio, la mayor edad á los veintitrés años, puesto que el Código constituye en este punto el derecho supletorio del foral, que no contiene un precepto terminante acerca de la mayor edad en Vizcaya.

Las legislaciones extranjeras ofrecen también múltiple variedad en esta materia. El Código francés, además de que en su art. 388 considera menores de edad á los individuos de uno ú otro sexo que no hubiesen cumplido veintiún años, determina de modo explícito en el 488 que la mayor edad se fija en veintiún años cumplidos, y por ella se adquiere la capacidad para todos los actos de la vida civil, excepto en cuanto á lo expresamente determinado en la institución del matrimonio, puesto que en ella rigen disposiciones especiales, tanto para la edad de su celebración, como en lo relativo á la solicitud del consejo

de los ascendientes; disposiciones reproducidas en el Código de Bélgica, que igualmente declara á los veintiún años la mayor edad.

El Código de Portugal, reformando la antigua legislación, que fijaba la mayor edad en veinticinco años, la establece para ambos sexos á los veintiuno, que deberán ser cumplidos de momento á momento. Igual edad de veintiún años establecen los Códigos y legislaciones de Italia, Inglaterra, Rusia, Polonia, Suecia, Alemania, Estados Unidos de América, Méjico, Guatemala y Colombia, elevándola á veintidós, la República Argentina, á veintitrés Holanda, á veinticuatro Austria y á veinticinco Chile.

La tendencia del derecho moderno es, pues, anticipar las mayoridades excesivamente tardías debidas á la influencia del derecho romano; las exigencias de la vida moderna adelantan cada vez más la experiencia y precocidad de los individuos, y se da el caso anómalo de declararlo apto para el ejercicio de una profesión cuyo objeto sea la defensa de la vida y de los intereses de sus conciudadanos, mientras se le niegan facultades para regir las propias.

La edad tipo parece ser la de veintiún años introducida por el Código de Napoleón, y consagrada últimameute por el de Guillermo II. El Código suizo se ha apartado de ella, estableciendo la de veinte años, por la necesidad de concordar la edad de la mayoría civil con la de la mayoría política; puesto que en Suiza (dicen los comentaristas Rossel y Mentha), se puede ser consejero federal á los veinte años, á esa misma edad se debe salir de la tutela.

Puede afirmarse, en conclusión, que el Código español, al fijar la mayoría de edad en los veintitrés años, ha procedido con excesiva timidez, pues es indudable que antes de esa edad posee ya el joven la plenitud del desarrollo corporal y el suficiente conocimiento del mundo para poder guiarse por sí mismo. La edad de veintiún años, aceptada por el Código de Comercio, ó la de veinte, que es la tradicional en nuestro derecho,

pues la establecen el Fuero Juzgo y el Fuero Real, la legislación aragonesa y el Proyecto de 1851, podía y debía haber servido de norma al legislador para adoptar en este punto una resolución más progresiva.

II

Capacidad jurídica de los mayores de edad: excepciones.

¿De qué naturaleza es la capacidad que el Código otorga á los mayores de veintitrés años? El artículo que estudiamos lo dice de modo bien explícito. El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil. El individuo, como unidad dentro del todo que representa el Estado, posee derechos de carácter privado que afectan á sus relaciones con los demás ciudadanos, derechos de carácter público que establecen relación jurídica directa entre los individuos y el Estado, y derechos de otro orden muy diverso, cuya perturbación es sancionada por la pena, que restablece la normalidad del orden social, perturbado por el delincuente. A los primeros, ó sea á los actos de la vida civil, que integran los derechos de las personas entre sí, y que constituyen el llamado estado civil, hace relación la capacidad de que habla el Código, por cuanto en orden á los derechos políticos ó de ciudadanía, y en la esfera del derecho penal existen reglas muy diferentes y siempre ajenas á la doctrina del artículo objeto del comentario.

Esa capacidad del mayor de edad para todos los actos de la vida civil tiene sus excepciones, las que deja á salvo el mismo artículo. Dentro del círculo del derecho civil, el mayor de edad, aun siéndolo, no puede, por ejemplo, adoptar si no ha cumplido cuarenta y cinco años, ni tampoco celebrar matrimonio sin que preceda el consejo de las personas llamadas á prestarle, ni asimismo casarse la viuda ó el tutor hasta cumplir los requisitos del art. 45. Pero, en cambio, subsiste de modo general antes de los veintitrés años la aptitud para casarse, otorgar testamento que no fuere ológrafo y aceptar el contrato de mandato el me-

nor, con tal que se encuentre emancipado. Tales son las excepciones, sin duda alguna, á que el Código hace relación, sin perjuicio de las que establece el derecho mercantil, importantísima rama del derecho privado, tales como la de poder ejercer el comercio los mayores de veintiún años en los términos que aquella legislación especial establece.

En orden al derecho político y administrativo, requiérese la edad de veinticinco años como necesaria para el derecho de sufragio activo y pasivo, y ser nombrado juez ó magistrado; exigiéndose treinta para ser jurado, treinta y cinco para ser senador, y bastando veintiún años para el ejercicio de la abogacía y del cargo de procurador, no obstante ser los procuradores verdaderos mandatarios para comparecer en juicio.

Las leyes penales determinan, en conclusión, la imputabilidad perfecta del hombre á los dieciocho años; y descendiendo después, á partir de esa edad, admiten la responsabilidad atenuada hasta los quince; se hace depender tal responsabilidad de la presunción *juris tantum* sobre falta de discernimiento desde los nueve á los quince, y se reconoce la presunción *juris et de jure* de no imputabilidad hasta cumplir el individuo los nueve años.

Con relación á este artículo, el Tribunal Supremo ha dictado las sentencias de 13 de Octubre de 1890 y 21 de Noviembre de 1899. La primera afirma que al cumplir veintitrés años la hija, á ella, y no á sus padres, corresponde ejercitar la acción penal por estupro. La segunda se relaciona con la capacidad para ser testigos en los testamentos y será examinada en su lugar.

ARTÍCULO 321

A pesar de lo dispuesto en el artículo anterior, las hijas de familia mayores de edad, pero menores de veinticinco años, no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre ó de la madre en cuya compañía vivan, como no sea para tomar estado, ó cuando el padre ó la madre hayan contraído ulteriores bodas.

Más bien que excepción de la capacidad jurídica atribuída á los mayores de veintitrés años, sean varones ó hembras, lo que aquí se establece es una limitación de los derechos de la hija que se emancipa por alcanzar la mayoría de edad. Es sabido que la emancipación permite al hijo abandonar el hogar paterno y constituir casa aparte, conservando, no obstante esa separación, si no relaciones de dependencia doméstica, sentimientos de veneración y respeto, que no son ajenos nunca al lazo que habrá de unir á los padres con sus hijos, como lo declara el art. 154.

El decoro público y el personal de las hijas, fueron las consideraciones que tuvo presentes el Proyecto de Código de 1851 para ordenar que aquéllas, capaces por la mayoría de edad para todos los actos de la vida civil, no pudiesen, hasta haber cumplido veinticinco años, salir de la casa paterna sin licencia del padre ó madre en cuya compañía viviesen.

Es tan racional este mandato, reproducido, como se ve, en el vigente Código, que sin estar escrito en la ley, dudamos que ninguna hija de rectos principios morales hubiese pretendido contrariarle; como creemos, así bien, que aun limitada la prohibición á los veinticinco años, será raro el caso en que alguien sin justificado motivo se acoja á lo que, cumplida esa edad, es ya potestativo en las hijas de familia.

Hemos dicho sin justificado motivo, porque la ley admite dos excepciones justísimas para que la hija salga de la casa de los padres, á saber: cuando quiera tomar estado, casándose ó ingresando en orden religioso, ó cuando el padre ó la madre contraigan nuevas nupcias. Excepciones á las cuales deben añadirse los malos tratamientos y los mandatos ó consejos corruptores; porque entonces, cesando los efectos de la patria potestad, conforme al art. 171, las hijas saldrían de la casa paterna, quedando, si eran mayores de veintitrés años, en libertad de formar casa aparte, toda vez que la tutela había quedado de derecho extinguida por la mayor edad, no siendo posible recayesen de nuevo aquéllas en potestad alguna.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Febrero de 1901,

fija el sentido que debe darse á la frase *tomar estado*, empleada en el artículo 321. Se trataba de una joven mayor de veintitrés años y menor de veinticinco que había abandonado la casa de su madre, sin previo consentimiento de ésta, para ingresar como novicia en un convento. Pidióse por la madre la restitución de la hija á su hogar, y el Juzgado y la Audiencia negaron tal pretensión fundándose en el art. 321; pero el Tribunal Supremo casa y anula la sentencia por interpretación errónea de dicho artículo. Atendiendo á los antecedentes históricos del precepto, al sentido más usual de la frase «tomar estado», á la mayor importancia que en el Código se da al matrimonio, unido á que el estado religioso no es ni puede ser objeto de su preocupación especial, como lo prueba el hecho de exigir para aquél el consejo paterno, y no legislar para el caso de ingreso en una orden religiosa, y á otras razones, dicho alto Tribunal estima que en el artículo 321, la frase «tomar estado» se refiere al hecho de salir la mujer de la casa de sus padres para casarse. La sentencia añade, y en esta parte fundándose á nuestro juicio en más sólido razonamiento, que no pudiendo profesar en una orden religiosa sin antes ejecutar actos que no constituyen realmente estado nuevo y distinto del que tiene el que se propone mudarlo, sería preciso dar á la frase «tomar estado», una extensión que no consiente el texto literal del art. 321, ni menos aún su espíritu, concretándose, como claramente se concreta á una situación definitiva, para aplicarla á situaciones interinas y preparatorias que ningún efecto jurídico producen, ya que pueden ser libremente abandonadas.

La Circular de 31 de Enero de 1903, señala la edad de veintitrés años, como límite, para tolerar la presencia de mujeres jóvenes en casas de mal vivir, citando el art. 321, del que muy bien pudo deducirse como límite, no los veintitrés, sino los veinticinco años.

ARTÍCULO 322

El menor de edad, huérfano de padre y madre, puede obtener el beneficio de la mayor edad por concesión del consejo de familia, aprobada por el Presidente de la Audiencia territorial del distrito, oído el Fiscal.

ARTÍCULO 323

Para la concesión y aprobación expresadas en el artículo anterior se necesita:

1.° Que el menor tenga diez y ocho años cumplidos.

2.° Que consienta en la habilitación.

3.° Que se considere conveniente al menor.

La habilitación deberá hacerse constar en el Registro de tutelas y anotarse en el civil.

El Código portugués considera como una verdadera forma de emancipación voluntaria la otorgada al menor por el consejo de familia á falta del padre ó madre que ejerzan la patria potestad, é igual naturaleza reconocen los de Francia y Bélgica al acto de salir de la tutela el huérfano menor, mediante el otorgamiento de la emancipación por el consejo de familia.

En realidad, el carácter que nuestro Código civil atribuye á la concesión del beneficio de la mayor edad en favor del huérfano que ha cumplido dieciocho años, es asimismo el de aquella emancipación voluntaria, ya definida en el núm. 3.° del artículo 314, toda vez que, á tenor de lo dispuesto en el 324, son idénticos los efectos jurídicos que se producen en ambos casos. Pero como la emancipación voluntaria es atributo de la patria potestad y no la ejerce el consejo de familia, procediendo lógicamente se ha establecido en su lugar aquel beneficio con los mismos efectos.

Como antecedente histórico de lo que en el presente comentario habremos de tratar, pudiéramos convertir nuestros recuer-

dos á la *venia aetatis* de los romanos, otorgada en el derecho imperial á los hombres mayores de veinte años y á las hembras que cumplieron diez y ocho; venia que capacitaba al menor para todos los actos que no tuviesen por objeto la enajenación ó gravamen de inmuebles, y que M. Labbé equipara oportunamente á la emancipación voluntaria del moderno derecho francés.

Igualmente habríamos de recordar que la dispensa de edad, conservando siempre la naturaleza de una excepción de ley, vino atribuída en cuanto á su otorgamiento al poder supremo, reglamentándose entre nosotros por la ley de 14 de Abril de 1838, como una verdadera gracia al sacar, que facultaba á quien la obtenía para administrar sus bienes cual si fuese mayor, mediante justos motivos, debidamente comprobados en la información, cuyos trámites determinó la Real orden de 19 de Abril del año ya citado (1).

Los preceptos del Código civil que estamos comentando han devuelto muy acertadamente á la dispensa de edad su verdadera naturaleza, equiparándola en sus efectos á la emancipación voluntaria, que el huérfano podrá conseguir por otorgamiento del consejo de familia, que es quien, en primer término, suple siempre la falta del poder paterno; pero recayendo la necesaria aprobación del acuerdo por el presidente de la Audiencia territorial, autoridad cuya altura garantiza la conveniencia ó inconveniencia en cada caso de la dispensa de edad.

Como se ve, el cuidado de la ley ha sido exquisito. No basta, como en Portugal, un simple acuerdo del consejo de familia, ni la mera aprobación de aquél por el juez de paz, presidente del consejo, según acontece en Francia y Bélgica, sino que el acuerdo solemne del consejo familiar se eleva á la aprobación del presidente de la Audiencia, quien, oído al fiscal (2), y previas las

(1) Era opinión admitida en el antiguo derecho que la gracia al sacar de dispensa de edad sólo podía obtenerse á los veinte años en los hombres, y á los diez y ocho en las hembras.

(2) La notable circular del Fiscal del Tribunal Supremo de 8 de Mayo de 1889 determina el deber impuesto al Ministerio público de intervenir en los expedientes de habilitación de edad y demás asuntos en que, conforme

informaciones que crea necesarias, lo confirma ó desaprueba sin ulterior recurso.

Innecesario parecerá decir que la dispensa de edad podrá producirse bien por solicitud del menor ó de su tutor, protutor, ó alguno de los vocales, bien por un acuerdo *motu propio* del consejo de familia, con asentimiento del huérfano que ha de obtener dicha dispensa. En el primer caso, la solicitud deberá dirigirse al presidente del consejo, y no al juez municipal del domicilio del menor, como algunos pretenden, sin tener en cuenta que esta autoridad no tiene la presidencia ni intervención alguna en el consejo de familia español. Tampoco vemos inconveniente, puesto que la ley no lo prohibe, en que algún pariente inmediato haga la instancia exponiendo al consejo la conveniencia de que conceda al menor el beneficio de la mayor edad, á fin de que el consejo delibere y resuelva lo que mejor estime. Este medio está permitido expresamente en los Códigos de Francia y Bélgica.

Presentada la instancia ó hecha la moción, el presidente debe reunir el consejo para tratar especialmente de ese asunto, citando á todos los vocales y también al tutor y protutor, y al mismo menor; á los segundos para oir su opinión, que será la más autorizada por las relaciones que tendrán con el menor, sobre si éste tiene capacidad pare administrar sus bienes ó dirigir el comercio ó industria á que está dedicado, y consideran conveniente su habilitación; y al menor, para que manifieste su conformidad, sin cuyo requisito no puede concedérsele ese beneficio. Se extenderá la correspondiente acta, consignándose en ella las razones en pro y en contra con relación de los datos ó documentos en que se apoyen, lo que manifieste el menor, la opinión de cada uno de los vocales y el acuerdo que se adopte, todo conforme á los arts. 304 y 305.

Si fuere negativo el acuerdo, aunque el art. 310 concede el recurso de alzada ante el juez de primera instancia contra todas

---

al Código civil, es precisa su representación. (Memoria del Fiscal del Supremo, 1889, pág. 36.)

las decisiones del consejo, creemos que no podrá prosperar este recurso por corresponder dicha resolución á las facultades discrecionales del consejc de familia. Y si fuere favorable al menor, el presidente del consejo librará certificación del acta, para remitirla al presidente de la Audiencia territorial, á quien corresponde su aprobación. Esta remesa se hará por conducto del juez municipal, para que por medio del de primera instancia se eleve á la superioridad, si procede el consejo *motu propio*; pero si es á instancia de parte, se entregará á ésta para que solicite la aprobación de dicha autoridad superior. En ambos casos habrá de acompañarse certificación del nacimiento del menor para acreditar que es mayor de dieciocho años, sin cuyo requisito no puede concederse la gracia.

Luego que el presidente de la Audiencia territorial reciba dichos documentos, los pasará al fiscal para que emita por escrito su dictamen. A petición de éste ó de oficio podrá acordar la ampliación del expediente, cuando la crea necesaria para que resulten justificados los tres requisitos que exige el art. 323, aunque respecto de la conveniencia para el menor habrá de atenerse á la apreciación del consejo. Y siempre que resulten justificados dichos requisitos, aprobará el acuerdo del consejo de familia concediendo al menor el beneficio de la mayor edad, mandando comunicarlo al consejo y que se libre la correspondiente certificación al menor para los efectos consiguientes y para que la presente en el registro de tutelas y en el civil, á fin de que se anote en ellos la concesión de la gracia. Tal es el procedimiento que creemos podrá emplearse mientras no se publique la ley ó reglamento que lo determine. La anotación en el Registro civil se hará al margen de la inscripción de nacimiento del menor, como previene el art. 35 del Reglamento de 13 de Diciembre de 1870.

Usa la ley las frases de menor *huérfano de padre y madre*, lo cual nos excusa de examinar la cuestión presentada por los tratadistas, y que ya indicamos en el anterior capítulo, sobre si los menores, en cualquiera de los casos en que la patria potestad se

halle en suspenso, podrán solicitar la venia de edad. El texto del art. 322 es claro, y, conforme á su letra, sólo los huérfanos de padre y madre podrán obtener aquel beneficio, en lo cual la venia de edad se aparta de la emancipación voluntaria, siquiera se admitan como similares sus efectos. No habrá de olvidarse, para comprender bien esta materia, que la emancipación es atributo de la patria potestad, mientras que la dispensa de edad lo es del consejo de familia, cuando carece el menor de padre, ó en su defecto de madre, y es, por lo tanto, huérfano de diez y ocho años cumplidos que está sujeto á tutela.

ARTÍCULO 324

Es aplicable al menor que hubiese obtenido la habilitación de mayor edad lo dispuesto en el art. 317.

Baste dar por reproducido el comentario al art. 317 para que quede hecho el del que acabamos de transcribir. La emancipación y la habilitación de la mayor edad podrán diferenciarse en su origen, pero se conjuncionan en cuanto á los efectos jurídicos que una y otra producen. Ambas capacitan al menor de edad para regir su persona y bienes como si fuese mayor, salvas las limitaciones impuestas por la ley hasta que los menores cumplan veintitrés años, en lo referente á la enajenación y gravamen de inmuebles y préstamos en metálico, y á comparecer en juicio (1).

Pero, ¿podrá el menor, habilitado por concesión del consejo de familia, celebrar los contratos de sociedad y de mandato? Respecto á los emancipados, es principio general consignado en el art. 1263 que pueden prestar consentimiento, y, por lo tanto, son hábiles para toda especie de contratos, siempre que su ca-

(1) La habilitación de edad de nuestro Código se diferencia radicalmente en este punto de la declaración de mayoridad introducida por los de Alemania y Suiza. Véase sobre esta última institución, que otorga la capacidad completa de los mayores de edad, lo que dijimos en el comentario al artículo 316.

pacidad personal se complete en determinados casos de la manera prevenida en otros lugares del Código. Es asimismo indiscutible que el contrato de sociedad, según la ley 1.ª, tít. 10, Partida 5.ª, podía celebrarse por mayores de catorce años; y en el de mandato, conforme á la ley 19, tít. 5.º de la Partida 3.ª, el mayor de diecisiete años poseía atribuciones para representar á otro y obligarse por su representado. No menos cierto es hoy que, dentro de los preceptos del vigente Código civil, los menores emancipados celebrarán el contrato de sociedad por sí, cuando no hayan de obligar á sus resultas bienes inmuebles, y con el consentimiento de las personas llamadas á prestarlo, caso contrario; requiriéndose, como es sabido, para la compañía mercantil haber cumplido veintiún años. Y, finalmente, en cuanto al mandato, el art. 1716 del Código autoriza á los menores emancipados á ser mandatarios, salvo las limitaciones impuestas á la acción del mandante contra los dichos menores por el resultado de sus gestiones.

Y, á nuestro juicio, siquiera no se hable en los preceptos del Código de menores habilitados, como, á tenor del art. 324, que ahora examinamos, se equiparan aquéllos en lo respectivo á capacidad jurídica con los emancipados, es claro que unos y otros podrán celebrar, en los términos expuestos, los contratos de sociedad y de mandato, y otorgar todas las demás obligaciones del derecho con las limitaciones establecidas en el art. 317, cuyo comentario habrá de consultarse como complemento del presente.

Contiene el art. 324 que estamos comentado una evidente contradicción con el 278. Según el primero, en relación con el 317, el menor que haya obtenido la habilitación de edad no puede gravar ni vender bienes inmuebles, ni tomar dinero á préstamo, sin el consentimiento de su tutor, ya que siendo la orfandad el primer requisito de la mayoría de edad, no hay caso á obtener el de su padre ni el de su madre. Pues bien, el 278 menciona, entre las causas que dan fin á la tutela, la habilitación de edad. Y aunque consideremos la disposición del 278 un lapsus del legislador y, en su consecuencia, reconozcamos la necesidad

de someter al habilitado de edad á estos últimos vestigios de la tutela ¿habrá ésta de seguir completada por la protutela y el consejo de familia? Creemos que no, en atención á que estos organismos, cuya finalidad esencial es inspeccionar la gestión del tutor, resultan innecesarios una vez que las atribuciones de éste quedan reducidas á la prestación del consentimiento para ciertos actos.

Irrevocabilidad de la dispensa de edad.—Análogas dificultades presenta la acertada solución á la siguiente pregunta: la habilitación otorgada al menor para que sea tenido por mayor de edad, ¿es revocable ó irrevocable? La duda hubiera quedado resuelta con que la referencia hecha en el art. 324 al 317, se hubiera hecho extensiva al 319 que, de modo expreso, declara la irrevocabilidad de la emancipación. Pero es lo cierto, que como la doctrina de que la emancipación, una vez otorgada, no puede revocarse, se relaciona sólo con la materia del capítulo 1.º del presente título, y como sea fácil llegue á acontecer que el mismo consejo de familia, que creyéndolo útil al menor le otorgó el beneficio de la dispensa de edad, observe posteriormente que le es perjudicial, ocurre preguntar si en algún caso el consejo de familia podrá volver sobre su acuerdo, y someter de nuevo al menor habilitado á la autoridad del tutor.

Ya se ha visto que dentro del art. 324 que ahora comentamos no se encuentra la solución concreta á la duda que se ofrece, puesto que ese precepto declara únicamente aplicable á la venia de edad lo dispuesto en el 317, ó sea la extensión á quien obtuvo la dispensa de edad de los derechos otorgados al emancipado, lo cual en nada se relaciona con el carácter de irrevocabilidad atribuído á la emancipación por el art. 319.

Pero con sólo remontar la observación á los principios que informan la materia, encontraremos en el Código mismo que la habilitación de edad, una vez otorgada, es absolutamente irrevocable. Basta saber que, conforme al núm. 1.º del art. 278, concluye la tutela por la habilitación de edad, para asentar como conclusión que el menor habilitado no puede jamás volver á la

autoridad de los tutores, sino en el caso de una solemne declaración de pródigo, de incapacidad por demencia, ó por virtud de sentencia firme, en la cual se le imponga la pena de interdicción.

Creemos que en tal sentido deberá ser resuelta una cuestión que de antiguo traía divididos á expositores tan ilustrados como Savigny y Vangerov, que creían revocable la venia de edad, y Gondsmit que la estimaba irrevocable; cuestión, repetimos, terminada resueltamente con lo preceptuado en el art. 278 de nuestro Código civil. En Francia, por el contrario, puede la emancipación ó venia de edad ser revocada en la misma forma en que se confiere (art. 485), volviendo el menor á quedar sometido á tutela hasta la mayoría de edad completa (art. 486).

TÍTULO XII

DEL REGISTRO CIVIL

Reseña histórico-legal.

El estado de las personas, *condición ó manera en que los omes viven ó están* (ley 1.ª, tít. 23, Partida 4.ª), con ser requisito tan importante á los fines de la vida civil, no se hacía constar por el antiguo derecho de modo auténtico y solemne en los registros públicos, ni sobre ello se encuentran precedentes en Roma ni en los pueblos que más tarde llevaron á sus códigos el espíritu de las leyes romanas.

Verdad es que en el Digesto (ley 2.ª, tít. 1.º, libro 27) se consignaba que el nacimiento se habría de probar *aut ex nativitatio scriptura, aut aliis demostrationibus legitimis*, y que igualmente en otra ley se preceptuaba la necesidad de que constase en el censo la edad de los ciudadanos á los efectos tributarios; pero no es menos cierto, que ni en esas leyes, ni en la antigua institución de los Censores, habrá de encontrarse el precedente histórico de nuestro moderno Registro civil.

Porque ya lo decíamos en otro lugar (1): en Roma, el derecho individual y de familia se hallaba sustraído á toda intervención por parte del Estado, el cual carecía de autoridad para inmiscuirse en las relaciones civiles del individuo; y añadiremos ahora, que ni las leyes romanas perseguían otro objeto que el adecuado á los fines tributarios, ni la magistratura de los Censores, con sus registros y sus notas infamantes, ejercía más

(1) Pág. 436 del presente tomo.

autoridad que la protectora de la moral pública en interés exclusivo de la colectividad social.

Reservóse, por tanto, al cristianismo, cuando sus dogmas informaron la conciencia humana y sus ceremonias santificaron los actos de la vida civil, revestir de permanencia á tales actos inscribiéndoles en registros autorizados, y haciendo que sus inscripciones sirvieran de fehaciente prueba del estado civil de las personas. Así la Iglesia, que acogía en su seno al hombre que venía al mundo, que santificaba más tarde su unión al constituir una familia, y que al morir depositaba sobre sus restos un pedazo de tierra consagrada por las plegarias de la fe, no se olvidó, ciertamente, de que el nacimiento que da realidad á los derechos de las personas, el matrimonio que los modifica y la muerte que los extingue, son tres notas características del estado civil, cuya constancia en los registros públicos interesaba mucho conservar.

De ahí que el Concilio Tridentino (Sess. 24, cap. 1.º *de reform. matrim.*) ordenaba «que el párroco tuviese un libro en el cual se describiese el nombre de los cónyuges y testigos, el día y el lugar del contrato matrimonial, cuyo libro debía ser diligentemente custodiado en la parroquia»; prevenciones que la Iglesia hizo extensivas á los nacimientos y defunciones, mandando que tales libros fuesen objeto de la pastoral visita, como de nuevo se recordó en Real orden de 21 de Marzo de 1749 (transcrita á la ley 10; tít. 22, libro 7.º de la Novísima Recopilación), Reales órdenes de 15 de Octubre de 1801 y 1.º de Diciembre de 1837.

La ley de 3 de Febrero de 1823, que, por la no promulgación del Código civil, careció de realidad jurídica, atribuyó por vez primera al poder del Estado la formación y eficacia de los registros (1), y el decreto de la Regencia de 24 Enero de 1841,

(1) La secularización de los Registros del estado civil, fué iniciada por la Revolución francesa. La Constitución de 1791, estableció que los nacimientos, matrimonios y defunciones de todos los habitantes, en general, serían anotados por oficiales públicos, y la Asamblea legislativa, llevó á la

parecía inspirarse en iguales propósitos. Mas la Real orden de 24 de Mayo de 1845, derogando, en parte, ese decreto, reintegró á las autoridades eclesiásticas en sus atribuciones privativas respecto á la inscripción de nacimientos, matrimonios y defunciones, imponiéndoles tan sólo el deber de remitir á los Ayuntamientos nota mensual circunstanciada de los nacidos, casados y muertos en sus respectivas feligresías, surtiendo, empero, ante los tribunales, verdaderos efectos civiles los certificados de los libros eclesiásticos.

Nuestro Proyecto de Código civil en 1851 no creyó prudente aceptar aquellos principios de reversión al Estado de las funciones públicas sobre el Registro civil que informaban las leyes napoleónicas, por lo cual ordenó de modo expreso—art. 335—que continuase el Registro encomendado á los párrocos, quienes, según las frases del ilustre Goyena, serían en España los verdaderos oficiales de nuestro Registro civil.

Acontecimientos transcendentales, que significaron también profundas reformas jurídicas, motivaron en 17 de Junio de 1870 la publicación de la ley provisional del Registro civil; la cual, como más adelante habremos de ver, se declara en vigor por el artículo 332 del presente Código civil.

Sancionado el oportuno reglamento de aquella ley provisional en 13 de Diciembre de 1870, fueron ambas disposiciones legales cumplidas desde 1.º de Enero de 1871, como lo han sido en Cuba y Puerto Rico desde 1.º de Enero de 1885, conforme á la ley y reglamento de 8 de Enero y 6 de Noviembre de 1884 respectivamente.

Al promulgarse la ley de 11 de Mayo de 1888, consignábanse en la base 9.ª del hoy ya vigente Código civil las líneas generales, pero precisas, que con estricta sujeción á los enunciados de dicha base se desarrollan en el presente título. Declárase, en efecto, la subsistencia del Registro civil para hacer constar en

práctica el año siguiente esta declaración, encomendando los Registros á las municipalidades y reservando á los instrumentos emanados de esas autoridades la prueba del estado civil.

él todos los actos concernientes al estado civil de las personas, encomendándole á funcionarios del orden láico; se determina cuáles actos habrán de ser inscritos ó anotados, así como la fuerza probatoria de las certificaciones originadas de los respectivos libros; se establece la obligación, bajo cláusula penal, de inscribir y de facilitar los datos precisos al buen funcionamiento de los registros: se fijan las condiciones necesarias á los efectos legales de las naturalizaciones, y por último, se declaran realmente complementarias del Código civil la ley de 17 de Junio de 1870 y disposiciones á ella posteriores, en todo en cuanto de modo expreso no introduzca aquel cuerpo legal sustanciales modificaciones.

Los Registros civiles, que empezaron siendo registros domésticos llevados por el cabeza de familia, han pasado á ser después registros públicos organizados por la autoridad con las precisas formalidades y garantías. Sin perder el Estado esta función, definitivamente adquirida, se aspira hoy á que las familias vuelvan á tener su memorandum, constituído por un extracto de los libros del Registro donde consten los actos más transcendentales de la vida privada, base de la constitución y relaciones de cada familia, que á la vez que facilite al pueblo su conocimiento exacto, pueda constituir un medio auxiliar y supletorio de prueba del estado civil. A esta finalidad responde una recientísima ley, debida á la iniciativa del Sr. Lastres, creando en España el llamado *Libro de la familia*, y que no ha empezado todavía á recibir aplicación, al tiempo de revisar la cuarta edición de este tomo, por falta de los impresos nesarios (1).

(1) He aquí el texto de dicha ley:

«Art. 1.° El juez municipal, ó su delegado, que asistiere á la celebración del matrimonio canónico, con arreglo á lo mandado en el art. 77 del Código civil, una vez terminada la ceremonia, entregará al marido un ejemplar del *Libro de la familia*, que contendrá las indicaciones relativas al matrimonio celebrado.

»Igual entrega hará el juez municipal que autorice el matrimonio civil, conforme al art. 100 del Código.

»Si por cualquier motivo, no concurriese el juez municipal, ó su delegado, á la celebración del matrimonio canónico, se le hará entrega del *Libro*

ARTÍCULO 325

Los actos concernientes al estado civil de las personas se harán constar en el Registro destinado á este efecto.

ARTÍCULO 326

El Registro del estado civil comprenderá las inscripciones ó anotaciones de nacimientos, matrimonios, emancipaciones, reconocimientos y legitimaciones, defunciones, naturalizaciones y vecindad, y estará á car-

---

de la familia inmediatamente después de transcrita el acta del matrimonio al Registro.

»Art. 2.° Si el matrimonio se hubiere celebrado en el extranjero ó *in articulo mortis*, se entregará el *Libro de la familia* al marido, y si éste hubiera fallecido, á la mujer, en el acto de verificarse la inscripción en el juzgado municipal ó en la Dirección general de los Registros, según los casos.

»Art. 3.° El *Libro de la familia* contendrá las páginas suficientes, con los impresos necesarios, para anotar, extractadas, el acta de matrimonio, las de nacimiento de los hijos y las de defunción de éstos y de los cónyuges, con arreglo al modelo de dicho libro, que se conservará en el Ministerio de Gracia y Justicia.

»Art. 4.° El *Libro de la familia* constituirá uno de los elementos de prueba supletoria del matrimonio, filiación y defunción que contenga extractados, el cual, en concurrencia con otros, podrá ser apreciado por los Tribunales, según los preceptos del Código civil y demás leyes aplicables al caso.

»Art. 5.° El *Libro de la familia* se presentará al Registro cada vez que se haya de hacer una inscripción de nacimiento ó defunción que afecte á los cónyuges ó hijos de quienes se trate, á fin de que, por el encargado del Registro, se consigne, de dichas inscripciones, el extracto necesario para llenar los claros que contiene el libro.

»La falta de presentación del libro no será motivo para que se deje de inscribir el nacimiento ó defunción que se solicite; pero el encargado del Registro recordará al interesado el deber que tiene de cumplir la ley.

»Art. 6.° Todos los que contrajeren matrimonio desde que la presente ley empiece á regir, deberán adquirir el *Libro de la familia*. Los casados con anterioridad podrán adquirirlo y obtener de los encargados de los respectivos Registros las inscripciones extractadas que correspondan.

»Art. 7.° Los encargados del Registro no devengarán derecho alguno por extender y autorizar los asientos extractados que deban figurar en el *Libro de la familia*.

»Art. 8.° El *Libro de la familia* se venderá al público en los juzgados municipales, y costará una peseta, precio que no podrá ser aumentado directa ni indirectamente sino por una ley especial».

go de los Jueces municipales ú otros funcionarios del orden civil en España y de los Agentes consulares ó diplomáticos en el extranjero.

Actos que deberán constar en el Registro.—Expuesto un principio que sea verdadera regla general, síguese la necesidad inmediata de la especificación de ese principio, al objeto de que la inteligencia lo perciba de modo claro y evidente. Así, después de expresarse en el primero de los artículos que vamos ahora á estudiar, de manera genérica é indeterminada, que en el Registro se habrán de hacer constar los actos todos concernientes al estado civil de las personas, se especifican y determinan en el artículo siguiente cuáles sean esos actos y bajo qué forma han de ser inscritos, ó simplemente anotados; preceptuándose, por último, á cargo de qué funcionarios estará en lo sucesivo el Registro civil en España.

Y es de observarse que, si bien el art. 326, desarrollando el mandato del 325 sobre la constancia en el Registro de todos los actos concernientes al estado civil de las personas, habla de cuales sean esos actos, no especifica los que hayan de ser inscritos ó meramente objeto de anotación; especificación que creemos indispensable para la acertada inteligencia de los preceptos del vigente Código civil. Y entendemos que, á virtud de esos preceptos, son actos necesariamente inscribibles los siguientes: 1.º, los nacimientos, matrimonios y defunciones; 2.º, las naturalizaciones y la vecindad; 3.º, las sentencias de divorcio y de nulidad de matrimonio; 4.º, las escrituras de adopción, tan pronto recaiga sobre ésta la aprobación judicial; y 5.º, las ejecutorias en que se disponga la rectificación de cualquier acto ya inscrito en los registros municipales del estado civil (1).

Por el contrario, bastará la anotación marginal en las inscripciones de nacimiento—anotación que habrá de hacerse en

(1) Arts. 326, 15, núm. 3.º, 19, 82, y 179 del Código civil, y núm. 17 del artículo 3.º de la ley del Registro civil de 1870, vigente conforme al art. 332 del Código.

uno de los dos libros ejemplares, que deberá ser el que se archiva en las oficinas del Registro—, cuando se trate de aquellos actos jurídicos que, modificando el estado civil del ciudadano, no requieren inscripción especial; tales como las legitimaciones, reconocimiento de hijos naturales, interdicción de bienes por consecuencia de una pena, emancipación voluntaria y habilitación de edad, sentencias de filiación, discernimiento de la tutela, remoción de los cargos de tutor, protutor, y vocal del consejo de familia, cambio, adición, modificación de nombre y apellido; y en general, siempre que no existiendo disposición expresa de la ley, se trate de un acto de derecho que modifique el estado civil de las personas, y no sea requisito legal su inscripción (art. 60 de la ley del Registro civil, núm. 14, en relación con las posteriores modificaciones del Código civil).

Inscripción de los nacimientos.—El nacimiento determina la personalidad humana, dice con acertada concisión nuestro Código civil, y por el hecho de nacer á la vida con viabilidad suficiente según el concepto de la ley, surge en el hombre la subjetividad del derecho, la capacidad jurídica jamás negada, siquiera por ciertos accidentes, como la menor edad, la demencia, etc., pueda hallarse restringida de modo transitorio ó permanente, suspendiéndose con ello el ejercicio de la dicha capacidad de obrar en derecho.

Excusada por el art. 328 del Código la presentación material del recién nacido ante el encargado del Registro, veamos en qué forma ha de ser cumplida la ley al inscribir el acto más transcendental de la realidad jurídica, ó sea el del nacimiento efectivo á la vida del Derecho. Ciertamente que el comentario á dicho artículo 328 quedará hecho con lo que ahora vamos á anticipar; pero así lo exige el adecuado método en la exposición de la doctrina al desarrollar lo concerniente al texto del 326, que, á nuestro juicio, debió anteceder de modo inmediato al art. 328.

Pues bien; dentro del término perentorio de tres días, á contar desde el del nacimiento, el padre, la madre, el pariente más próximo, el facultativo ó persona que asistió al parto, el jefe del

establecimiento público, ó el cabeza de la casa donde el natalicio hubiese ocurrido, el director del asilo si se trata de un expósito, ó la persona que lo hubiese recogido si fuese un niño abandonado, según los respectivos casos, entregarán al encargado del Registro una declaración con todas las circunstancias prevenidas en los arts. 48 y 49 de la ley de 17 de Junio de 1870, declaración que será firmada por su autor, ó por dos testigos, á su ruego, si no supiere ó no pudiere firmar.

Mas si la manifestación legal del nacimiento se hiciese transcurrido el término de tercero día, el juez municipal ó encargado del Registro ya no deberá proceder á la inmediata inscripción, sino á instruir el oportuno expediente, con estricta sujeción á lo prevenido en el decreto de 1.º de Mayo de 1873, haciéndose constar, por certificación del facultativo que hubiese asistido al parto, el día y hora del nacimiento del presentado. Si ese documento no pudiera ser obtenido, se suplirá por una información testifical de las personas presentes al acto, ó que de él tuvieren noticia exacta, información que ha de practicarse con citación solemne del fiscal municipal. Sólo en el caso de presentarse oposición se elevará el expediente al juez del partido, y entonces la inscripción no se verificará hasta que recaiga sentencia firme, de la cual se hará mención en el acta de nacimiento (1).

Pero se hace indispensable que á la inscripción preceda una sentencia firme, cuando se pretenda inscribir en el Registro niños abandonados, mayores, al parecer, de tres años, cuyo origen y filiación sean completamente desconocidos, levantándose al ser aquéllos presentados y hasta que la inscripción sea autorizada, un acta por duplicado con las circunstancias esenciales al caso (art. 6.º, decreto citado).

Aun cuando no nos propongamos hacer sino meras referencias á las leyes especiales complementarias del Código civil, y aun poseyendo la seguridad de que esas leyes serán oportuna-

---

(1) Artículo 32 del reglamento de 13 de Diciembre de 1870, y 1.º al 5.º del decreto de 1.º de Mayo de 1873

mente consultadas con particular atención para la más acertada inteligencia de la doctrina que vamos exponiendo, nos impone el presente comentario la inexcusable necesidad de presentar condensado todo lo relativo á inscripciones de nacimientos en los siguientes casos: 1.º, inscripción del nacimiento de los hijos de padres españoles ocurrido en el extranjero; 2.º, inscripción del nacimiento que tuviere lugar á bordo de un buque durante su navegación; 3.º, inscripción del nacimiento que sobrevino en un lazareto, y 4.º, inscripción del nacimiento de los hijos de los militares en campaña y fuera de la Nación.

Nacimiento de hijos de españoles ocurridos fuera de España.— Conforme al art. 17 del Código civil y á la Constitución fundamental de la Nación, son españoles los hijos de padre ó madre españoles, aun cuando su nacimiento hubiere ocurrido fuera de España. Requiérese, no obstante, por el art. 26 del presente Código, que cuando un español traslade su residencia á país extranjero, donde, sin otra circunstancia que la de residir en él, sea aquél considerado natural, el súbdito de España que desee conservar su nacionalidad originaria manifieste al agente diplomático ó consular correspondiente su propósito, haciéndose inscribir en el registro de españoles residentes, así él como su mujer é hijos.

Al nacer éstos, y á pesar de que su nacimiento haya sido inscrito en el país extranjero conforme á las leyes que estén allí en vigor, los padres deberán hacer que se inscriba el acto también en el registro del agente diplomático ó consular de España del punto más próximo á su residencia; remitiendo al efecto dos copias auténticas de la inscripción ya hecha ó formulando directamente la declaración del art. 328 del Código, por no ser ya precisa la presentación al registro del recién nacido (1).

A su vez el agente español, practicada que sea la inscripción en su registro, utilizando la vía diplomática, y previas las nece-

(1) Artículo 58 de la ley del Registro civil de 1870, el decreto de 5 de Septiembre de 1871 y Real orden de 28 de Abril de 1885.

sarias legalizaciones, remitirá dos copias autorizadas á la Dirección general de los Registros, en cuyo centro se inscribe el nacimiento en el único caso de no ser conocido el último domicilio de los padres, puesto que de serlo, y previo archivo de una de las copias, la otra será remitida al juez municipal correspondiente, que la transcribirá literal á su registro (1).

Nacimientos ocurridos durante la navegación á bordo de un buque.—Si el buque fuese extranjero, los padres, al llegar al término del viaje, si éste es un punto del territorio español, harán la oportuna declaración acompañada de los documentos justificativos al encargado del registro; y si fuese país extranjero, cumplirán lo prevenido en el párrafo anterior para la inscripción de los nacidos fuera de España. Mas cuando el buque es nacional, el contador, si aquél es de guerra, ó el capitán, ó el patrón, si fuere mercante, deberán formalizar por duplicado un acta ante dos testigos, que suscribirá el padre, caso de hallarse presente, insertándose copia de ella en el diario de navegación.

Al tocar el buque en el primer puerto, si éste se halla enclavado en territorio español, se entregarán ante notario á la autoridad superior judicial por el oficial que hubiese levantado el acta, dos ejemplares, quedando testimonio á la letra en el documento notarial. Remitidos inmediatamente los dos ejemplares á la Dirección, dicho Centro procederá á inscribir el nacimiento en su registro si los padres no tuvieren domicilio en España, y en el supuesto contrario, ordenará al juez correspondiente la inscripción, enviándole al efecto una de las copias del acta referida.

Si el primer puerto de escala fuese extranjero y en él hay agentes diplomáticos ó consulares de España, se depositará en la oficina de la legación ó consulado un ejemplar, reservándose el otro para ser, en su caso, entregado en el primer puerto español; y si todo lo expuesto no fuere posible, al llegar al punto de

(1) Artículo 2.°, núm. 1.°; art. 3.°, núm. 2.°; arts. 24, 25 y 58 de la ley de 17 de Junio de 1870.

destino se practicarán las formalidades ya expresadas, según aquél sea territorio nacional ó extranjero (1).

Nacimientos ocurridos en un lazareto.—Cuando recluída la mujer por circunstancias sanitarias en un lazareto, le sobreviniere el parto, el jefe del establecimiento, dentro de las veinticuatro horas siguientes á la del nacimiento, procederá á redactar, á presencia del padre si se hallare presente, y siempre asistido de dos testigos, un acta por duplicado haciendo constar en ella cuantos requisitos exige la ley para la debida inscripción del nacimiento en el registro. Uno de los ejemplares queda desde luego archivado en el establecimiento sanitario, remitiéndose sin dilación el otro al juez municipal del término en que el lazareto se halle situado; cuya autoridad la transcribe literal á sus registros (art. 54 de la ley del Registro civil).

Nacimientos de hijos de militares.—El nacimiento de los hijos de militares se inscribirá siempre en el Registro del punto en que sus padres residan, bien en servicio de guarnición, bien con motivo de campaña. Pero si por funciones de guerra ocurriese el nacimiento en país extranjero, el jefe del cuerpo formalizará por duplicado un acta ante el padre y dos testigos, si dicho padre se hallare presente, elevando los dos ejemplares al Ministerio de la Guerra, quien dejando uno de ellos archivado, remitirá el otro á la Dirección de los Registros, la cual, si el militar no tenía domicilio conocido, procederá á transcribirlo en sus registros, enviando orden, en otro supuesto, al juez competente, á fin de que desde luego inscriba el nacimiento en sus libros (artículo 59, ley citada).

Inscripción de matrimonios.—Determinando el matrimonio un cambio de relaciones jurídicas en el estado civil de las personas, fuera ocioso consignar la necesidad de que su celebración conste inscrita en los libros del Registro civil.

El Código—aparte de la prevención de carácter general del

---

(1) Artículos 55, 56 y 57 de la ley del Registro civil de 1870.

artículo 326 que examinamos ahora—lo ordena así en otros preceptos ya por nosotros estudiados en su oportunidad; y en ellos de modo terminante se establece: que la certificación del acta del Registro es la prueba privilegiada de la celebración del matrimonio, salvo para los anteriores á la promulgación del Código, ó caso de desaparición, ó inexistencia de los libros, ó cuando sobre la validez jurídica del acto se suscitase contienda litigiosa ante los tribunales de justicia.

Al estudiar el tít. 4.º del presente libro del Código civil, expusimos cuanto creímos oportuno en la materia, é indicamos asimismo las vicisitudes por que ha pasado la institución del matrimonio civil, establecido por vez primera en España con la promulgación de la ley de 17 de Junio de 1870. Modificada dicha ley, como lo fué también la del Registro civil, por el decreto de 1.º de Mayo de 1873, otro decreto de 9 de Febrero de 1875, complementado por la instrucción de 19 del propio mes y año, devolvió al matrimonio canónico todos sus efectos civiles, reconociendo á los hijos en él habidos la condición de legítimos; derogándose de modo expreso, por orden de 30 de Enero de 1875, la Real orden de 11 de Enero de 1872, que sólo les atribuía el concepto de hijos naturales. Consérvase, ello no obstante, el matrimonio civil para quienes de modo ostensible manifestasen no pertenecer á la religión católica (Real orden de 27 de Febrero de 1875); pero no se consideraba en caso alguno legítimamente casados, á los ordenados *in sacris* ó que estuviesen ligados con solemne voto de castidad; quedando á salvo los derechos de los hijos nacidos á la fecha del citado decreto ó que naciesen trescientos días después. Modificación, como se ve, importantísima del art. 8.º del decreto de 1.º de Mayo de 1873, aceptada más tarde, de modo muy razonable, en el art. 83 del Código civil.

Este, como es sabido, reconoció explícitamente ambas formas de matrimonio, la canónica y la civil; y al objeto del presente comentario es suficiente recordar que, conforme al art. 326, es forzosa la inscripción en el Registro del casamiento, ya sea religioso, ya meramente civil. Respecto al canónico, aparece tal

obligación consignada en el art. 77 del Código, y por lo que hace referencia al matrimonio civil así lo ordena el art. 66 de la ley de 1870, reglamentándose la inscripción de los casamientos religiosos por la instrucción de 26 de Junio de 1889, y por las resoluciones de la Dirección de los Registros de 8 y 11 de Mayo, 17 de Junio y 12 de Agosto de 1889.

El acto material de la inscripción del matrimonio religioso en el Registro civil puede tener efecto, bien de modo directo en el libro correspondiente, cuando el juez municipal que asista á la ceremonia lleve aquél consigo, bien en una hoja de papel común, cuando aun asistiendo el juez no hubiese llevado el libro oficial al casamiento, ó cuando, por último, á la celebración de éste concurriese un delegado ó representante del juez. Hallándose presente el juez, y en el supuesto de extenderse en el momento el acta, se harán constar en ella las circunstancias prevenidas por el art. 9.º de la instrucción citada, y sólo á solicitud de los contrayentes, el registro donde constare inscrito su nacimiento, los nombres de los hijos naturales que por el matrimonio se legitiman, y que aquéllos manifiesten haber tenido, así como el nombre y apellido del cónyuge premuerto y lugar en que la defunción se hubiere inscrito, caso de viudez de uno ó de ambos contrayentes, teniendo muy en cuenta el encargado del Registro las prevenciones del núm 4.º, art. 20 de la ley de 17 de Junio de 1870, sobre esta clase de manifestaciones de las partes, para apreciar la pertinencia ó impertinencia de ellas.

Si la inscripción no se verificare en los libros en el acto mismo del matrimonio religioso, el juez, ó quien le hubiere representado, remitirá el acta levantada, dentro del plazo de veinticuatro horas, á la oficina del Registro, transcribiéndose literalmente al respectivo libro, y poniendo nota expresiva en dicho documento de la referida transcripción.

Son también transcribibles, á solicitud de parte interesada, las partidas sacramentales de matrimonios canónicos celebrados sin la presencia del juez municipal ó de su delegado, salva siempre la responsabilidad penal en que pudieran haber incurrido los

contrayentes ó el propio juez, conforme á lo prevenido en el artículo 77 del Código civil.

En cuanto á los matrimonios civiles, una vez extendida el acta de la manera prevenida en el art. 100 del presente Código, queda ya realmente inscrito el matrimonio, cuya inscripción habrán de autorizar con su firma los contrayentes, si supieren y pudieren, en unión de dos testigos mayores de edad y libres de toda tacha, así como el juez y secretario. Los errores que se cometan en las inscripciones se subsanarán, finalmente, de la manera prevenida por los arts. 17 y 18 de la ley del Registro civil y orden aclaratoria de 17 de Enero de 1872, expedida por la Dirección general del ramo (1).

Matrimonios in articulo mortis y de conciencia.—Los matrimonios *in articulo mortis* contraídos en la forma canónica y los religiosos de conciencia, se regulan en cuanto á su inscripción por los arts. 78 y 79 del Código civil, dando aquí, de consiguiente, por reproducida la doctrina expuesta al estudiar dichos artículos. Reputándose en general condicionales los indicados matrimonios, es de recordarse que si se celebrasen civilmente, habrá de acreditarse la libertad anterior de los contrayentes, y procederse antes de su inscripción definitiva á dar cumplimiento al artículo 68 de la ley de 1870, poniéndose además nota marginal de referencia en la primera inscripción, una vez presentada la justificación de libertad de los cónyuges (2). Prevíénese igualmente por el art. 7.° del decreto de 1.° de Mayo de 1873, que dos meses después de celebrado un matrimonio civil *in articulo mortis*, se citará al cónyuge que pidió su celebración para que acuda á ratificarlo. Caso de no comparecer ó de resistirse al acto, debe-

(1) Por Real decreto de 13 de Abril de 1883 (*Gaceta* de 17) se hizo extensivo á las islas Filipinas el cap. 5.° de la ley de Matrimonio civil de 17 de Junio de 1870, rigiendo ésta desde la fecha de la promulgación en las citadas islas de dicho Real decreto. Deben cumplirse en las inscripciones de los matrimonios civiles los arts. 20, 21, 23, 27, 28 y 67 de la ley del Registro civil, y 20, 21, 60 y 61 del Reglamento de 13 de Diciembre de 1870.

(2) Consúltense los comentarios de los arts. 78, 79, 93, 94 y 95, páginas 36, 363, 384 y 385 de la 1.ª ed., y 393, 394 y 417 de la 2.ª ed., tomo I de la presente obra.

rá serle impuesta una multa de 10 á 200 pesetas, procediéndose, si necesario fuera, conforme al art. 265 del Código penal, pudiendo, no obstante, otorgarse un plazo prudencial si continuare la causa que motivó el matrimonio condicional. Esta disposición, como reglamentaria del Registro civil, y no modificada posteriormente, la creemos en vigor tan sólo en cuanto á los matrimonios civiles; porque respecto á los canónicos, es bien explícito el art. 78 del Código civil, que únicamente impone la necesidad de inscribir en el Registro, dentro de los diez días siguientes á su celebración, el matrimonio *in articulo mortis,* si éste ha de producir efectos jurídicos desde la fecha en que fuera contraído. Aclarando este mandato la instrucción de 1889, dispone al efecto que cualquiera de los cónyuges, sus padres ó interesados, por sí ó en virtud de mandato verbal ó escrito, podrán pedir la inscripción de tales matrimonios con sólo presentar la partida sacramental al encargado del Registro, cuyo funcionario habrá de consignar la fecha de la presentación. Exígese ese requisito, porque si hubiesen transcurrido diez días, á contar desde el de la celebración del matrimonio, éste no surtirá efectos civiles desde que fué celebrado, sino á contar del día en el que la partida sacramental quedó presentada y transcrita en los libros del Registro civil.

Rigen, finalmente, para la inscripción de los matrimonios *in articulo mortis* de los militares en campaña, los principios expuestos en el art. 95 del presente Código, y si el militar se hallase fuera del territorio español, se inscribirá el acto en la Dirección general de los Registros, si no fuese conocido su último domicilio, y en otro caso en dicho domicilio, pasándose al efecto las copias necesarias del acta levantada por el jefe del cuerpo y que éste debió remitir en su oportunidad al Ministerio de la Guerra (art. 71 de la ley del Registro civil). Y respecto á los matrimonios de dicha clase celebrados á bordo de un buque y durante su navegación, los contadores, si fuere de guerra, y los capitanes ó patrones, caso de ser mercante, son los autorizados para redactar el acta, que deberán entregar para su inscripción á las

Autoridades, y en la forma ya relacionada al hablar de los nacimientos.

Matrimonios contraídos en países extranjeros.—Son inscribibles los matrimonios de los extranjeros contraídos en su patria, así como los de los españoles otorgados fuera de la nación. El matrimonio de un extranjero, celebrado con arreglo á las leyes de su país, deberá ser inscrito en España cuando los contrayentes ó sus descendientes fijasen su residencia en territorio español. La inscripción habrá de hacerse en el Registro del distrito municipal donde unos ú otros establecieren su residencia, previa la presentación de los documentos traducidos y legalizados, conforme á lo dispuesto en el art. 28 de la ley del Registro. Asimismo el matrimonio de un español contraído fuera de la nación, ó por un español y un extranjero, con sujeción á las leyes vigentes en el país donde se celebre, deberá ser inscrito en el Registro consular correspondiente y transcrito después al de la Dirección general ó al del Juzgado municipal, según que fuese ó no conocido el domicilio de los contrayentes.

Es de saberse, por último, que los cónsules y vicecónsules no sólo ejercen las funciones de jueces municipales en la celebración de los matrimonios de españoles otorgados en el extranjero, sino que, según la Real orden de 26 de Agosto de 1872, dichos agentes diplomáticos poseen iguales facultades que los jueces de partido para la tramitación de los expedientes de dispensas, regulada por el art. 47 del reglamento de 13 de Diciembre de 1870 y circular de la Dirección de 6 de Julio de 1872.

Inscripción de las defunciones.—La muerte extingue la personalidad civil de las personas y da origen á importantísimas modificaciones en el Derecho, tales como las de la sucesión hereditaria ó abintestato, la transmisión á la madre de la patria potestad y la institución de la tutela en favor de los hijos huérfanos y menores de edad. Reconocida de modo indiscutible la necesidad de la constancia en los Registros públicos de toda defunción, el art. 326 del Código civil no hace otra cosa que reproducir el expreso mandato del 75 de la ley de 17 de Junio de 1870,

según el cual ningún cadáver podrá ser enterrado sin que antes se haya hecho el asiento de defunción en el Registro civil del término en que ésta ocurrió, ó del en que el cadáver fuese hallado.

Queda asimismo subsistente, después de publicado el Código civil, la obligación de producir ante el encargado del Registro el oportuno parte del fallecimiento dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, por las personas designadas en el art. 76 de la ley de 1870 y 62 de su reglamento, bajo la sanción penal que el Código civil establece expresamente en su art. 331.

Del propio modo es de recordarse que los directores ó jefes de los establecimientos benéficos ó penitenciarios, lazaretos, etc., además de venir obligados á facilitar los datos necesarios para la inscripción, deberán consignar el fallecimiento en otro Registro particular y especial, que será archivado en las oficinas del establecimiento á cuyo frente aquéllos se encuentren; y, por último que toda inscripción de defunción habrá de ser anotada además marginalmente en el Registro donde constare el nacimiento del difunto (arts. 81 y 92 de la ley de 1870).

Rigen los principios ya expuestos al hablar de la inscripción de los nacimientos, en lo que hace á las defunciones de súbditos españoles ocurridas en el extranjero, en viaje por mar, ó de militares en campaña; continuando vigentes los arts. 87 al 94 de la ley del Registro civil, así como el decreto de 17 de Julio de 1874 (*Gaceta* del 19) y orden de 16 de Octubre siguiente (*Gaceta* del 25); cuyas disposiciones legales tuvieron por objeto reglamentar la aplicación del art. 90 de aquella ley en todo lo relativo á inscripción en el Registro civil de las defunciones de los militares muertos en campaña.

De la propia manera, y á fin de regularizar las excepciones ya indicadas en la ley para los casos de epidemias ú otros extraordinarios, se han publicado posteriormente la instrucción de 13 de Junio de 1885 (*Gaceta* del 15) y las Reales órdenes de 1.°, 5 y 6 de Agosto del propio año (*Gacetas* de 2, 8 y 9 respectivamente).

Es también muy importante la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 7 de Febrero de 1878, respecto á que los facultativos que redactan los certificados de defunción, á los efectos del Registro civil, son realmente funcionarios públicos, y cuando en aquéllos alteran la verdad se hacen reos de falsedad en documento oficial, siendo, además, autores del delito penado en el art. 319 del Código, si por consecuencia de tal certificación se diese sepultura al cadáver antes de ser transcurridas las veinticuatro horas subsiguientes á la del fallecimiento.

Inscripción de las naturalizaciones y vecindad.—La necesidad de inscribir en el Registro civil la adquisición, la recuperación ó la pérdida de la nacionalidad española, fué por vez primera reglamentada en el tít. 5.° de la ley de 17 de Junio de 1870; y el mandato de que se lleven al propio Registro los cambios de vecindad de los españoles á territorios forales, ó viceversa, es consecuencia legítima de las disposiciones del art. 17 del presente Código civil, reconocida por el Real decreto de 12 de Junio de 1899, conforme á cuyo art. 1.° el libro del Registro civil llamado hasta entonces, de ciudadanía, se llamará en adelante de ciudadanía y vecindad civil.

En cuanto á Cuba y Puerto Rico, el Real decreto de 6 de Noviembre de 1884 (*Gaceta* de 17), estableció el registro especial de ciudadanía á cargo del jefe de la Sección de Gracia y Justicia en los Gobiernos generales de aquellas islas, así como el de los individuos que hubieren estado en servidumbre, que se hallaren incapacitados, ó que por sentencia firme ó decisión solemne hubiesen sido autorizados para cambiar ó adicionar sus nombres ó apellidos.

Es principio general, que los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza en España, los nacidos en ella siendo extranjeros sus padres, ó los naturales que hubiesen perdido legalmente su nacionalidad y deseen recuperarla, y finalmente, los que siendo extranjeros domiciliados aspiren á ganar vecindad en el territorio español, deberán solicitar la inscripción de su

estado civil en el Registro ó la mera anotación marginal en las inscripciones de nacimiento, cuando éstas consten de modo anterior en los registros civiles de la Nación española. Y es igualmente precepto expreso de la ley, que los cambios de vecindad de los extranjeros residentes en España habrán de inscribirse primeramente en el registro municipal que se abandona, y con presencia de certificación auténtica, repetirse en el distrito del domicilio nuevamente elegido.

Organizados los registros de españoles residentes en el extranjero por decreto de 5 de Septiembre de 1871 (*Gaceta* de 8) y Real orden de 28 de Abril de 1885 (*Gaceta* de 30), los españoles que trasladen su domicilio á un país extranjero, donde sin otra circunstancia que la de su residencia sean considerados como naturales, necesitarán para conservar la nacionalidad de España inscribirse en tal Registro, así como sus cónyuges é hijos que tuvieren; formalidad exigida en el art. 26 del Código civil, y que oportunamente fué por nosotros examinada al comentar dicho artículo. Claro es que en aquellos países donde el Gobierno español no tuviese representación diplomática ó consular, esa y todas las manifestaciones encaminadas á conservar la nacionalidad, habrán de formalizarse mediante solicitud directa al Ministerio de Estado. (Véanse los arts. 17, 18 y siguientes hasta el 27 del presente Código civil.)

Dispónese asimismo en el art. 19 del Código civil, armonizando sus preceptos con los arts. 103 y 104 de la ley del Registro civil, que los hijos de un extranjero nacidos en los dominios de España, deberán manifestar, dentro del año siguiente á su emancipación ó mayor edad, si quieren ó no gozar de la calidad de españoles que les concede el art. 17, haciendo tal manifestación al encargado del Registro civil del pueblo de su residencia, ante los agentes consulares los que residan en el extranjero, y por solicitud directa al Ministro de Estado en España los que se encuentren en países en que el Gobierno carezca de representación diplomática.

Desde luego no hay para qué consignar que la mayor edad

ha de entenderse con arreglo al estatuto personal del extranjero que solicite la naturalización española, y que de no instarse ésta dentro del año determinado en la ley, podrá aquél naturalizarse, obteniendo carta de naturaleza ó ganando vecindad en cualquier pueblo de la monarquía.

Pero la recta interpretación de esta doctrina dió motivo á una importante Real orden, publicada en 9 de Septiembre de 1887 (*Gaceta* de 25), en cuya soberana disposición se oyeron los informes de la Dirección de los Registros y Secciones de Gobernación y Gracia y Justicia, á virtud de consulta del juez municipal del distrito de la Universidad, de Madrid, sobre si procedía ó no la inscripción en el Registro civil de la opción de nacionalidad española formulada por un menor no emancipado, previo consentimiento de su padre, que al efecto suscribía la solicitud. La resolución á la consulta lo fué de modo afirmativo; y si antes de la publicación del Código civil prestábase á dudas la inteligencia de los arts. 98 y 103 de la ley del Registro, hoy, á la vista del art. 18 del Código, es evidente que si bien los hijos mientras no salgan de la patria potestad por la emancipación ó por la mayoría de edad conservan la nacionalidad de sus padres, éstos pueden solicitar ante el encargado del Registro la inscripción á favor de sus hijos de la nacionalidad española, renunciando á toda otra.

Inscripción de la vecindad de los españoles procedentes de territorios forales.—La ley del Registro civil de 1870 no comprendía, como es sabido, otras secciones que las relativas á la inscripción de los nacimientos, matrimonios, defunciones y ciudadanía, en la última de cuyas secciones estaban incluídas las naturalizaciones y vecindad de los extranjeros.

Mas en conformidad á lo prevenido en el párrafo 2.º, número 3.º, del art. 15 del Código civil, en relación con el art. 14, lo establecido en dicho Código respecto á las personas, actos y bienes de los españoles en el extranjero, y de los extranjeros en España, es aplicable á las personas, actos y bienes de los españoles en territorios ó provincias de diferente legislación civil.

Asimismo, y en consonancia con dichos artículos, puede obtenerse la vecindad de unas á otras provincias ó territorios por la residencia de dos años, mediante expresa manifestación, entendiéndose adquirida aquélla en el territorio donde rija la ley común por la residencia de diez años, á no ser que antes de expirar ese plazo el interesado signifique su voluntad en contrario. Y como tales manifestaciones, lo propio que las que hicieren los padres á nombre de sus hijos, ó éstos dentro del año siguiente á su emancipación ó menor edad para adquirir la vecindad, han de inscribirse en el Registro municipal correspondiente, es visto que lo ordenado en el art. 326, que ahora estudiamos, no es otra cosa que la realización práctica de lo dispuesto en los arts. 14 y 15 ya citados. Deberá, por tanto, abrirse una quinta sección en todos los Registros civiles, destinada á hacer constar la vecindad de los españoles que deseen conservar su estatuto personal, ó acogerse al derecho foral de unos ó de otros diversos territorios internacionales, ó que quieran, por el contrario, quedar sometidos al derecho común.

Así ha venido á determinarlo el ya citado Real decreto de 12 de Junio de 1899. Las declaraciones se formularán por los interesados ó por sus mandatarios con poder especial, ante el Juez municipal del pueblo de su residencia. El plazo de diez años señalado en el art. 15 del Código civil, comenzará á contarse: para los que á la publicación del Código se hallaren residiendo en territorios que no sean los de origen, sin haber ganado vecindad civil en ellos con arreglo al derecho antiguo, desde el 17 de Agosto de 1889; para los menores no emancipados, desde el día en que cumplan la mayor edad con arreglo á la legislación á que estaban sometidos al tiempo del fallecimiento de sus padres; para los dementes y pródigos incapacitados por sentencia firme, desde que por declaración judicial haya cesado la causa de la incapacidad. Las inscripciones de vecindad civil contendrán, además de las circunstancias del artículo 20 de la ley del Registro civil, nombre y apellidos del interesado, lugar de su residencia, tiempo de residencia en el

territorio, y nombre, apellidos y edad de sus hijos no emancipados, si los tiene.

Funcionarios encargados del Registro civil.—El art. 326, en su segunda parte, determina que el Registro civil estará á cargo de los jueces municipales ú otros funcionarios del orden civil en España y de los agentes consulares ó diplomáticos en el extranjero.

Al discutirse en las Cortes la ley de 17 de Junio de 1870, fué objeto de largas deliberaciones resolver á qué funcionarios debiera encomendarse el Registro civil, una vez reconocido como inadmisible el que, sancionada la tolerancia religiosa y creado el registro de naturalizaciones, continuase aquél bajo la custodia exclusiva de los párrocos. Desechóse también el sistema llamado notarial, y tampoco se creyó conveniente encomendarle á los municipios ni á los llamados oficiales del Registro, funcionarios especiales dedicados en algunos países, de modo exclusivo, á tan importante servicio público.

El Código civil, lo que de manera terminante consigna, es que los encargados del Registro serán siempre *funcionarios del orden civil*, y que los jueces municipales y los agentes diplomáticos ó consulares tendrán, como hasta aquí, á su cargo los libros del Registro.

¿Pero son sólo estos funcionarios los que custodian los libros y vienen encargados de practicar las respectivas inscripciones? Resueltamente no; y para completar el comentario, vamos á aclarar este concepto presentando sintéticamente quiénes son en España los funcionarios encargados de tan importantísimo servicio:

1.º El Ministro de Gracia y Justicia, asistido como secretario del Director del ramo, tiene á su cargo el registro del estado civil de las personas de la Real Familia (decreto de 22 de Enero de 1872).

2.º La Dirección general de los Registros practica en los libros, que debe llevar un oficial de la dependencia, las inscripciones que le están atribuídas en el art. 2.º de la ley de 17 de Junio de 1870 y art. 79 del Código civil.

3.° Los jueces municipales inscriben en sus registros los actos enumerados en el art. 3.° de la ley de 1870 y 15, 19, 77, 78, 82 y 179 del presente Código.

Y 4.° Los agentes diplomáticos y consulares deben hacer constar en sus libros las inscripciones de que habla el art. 4.° de la citada ley y 19 del Código civil.

Además de esos funcionarios, autorizan determinados actos del Registro civil los contadores de buques de guerra y los capitanes ó patrones de los mercantes, el jefe con mando efectivo de cada cuerpo militar y los directores de lazaretos ú otros establecimientos análogos.

En cuanto á las islas de Cuba y Puerto Rico, existía el Registro del estado civil de las personas: 1.°, en los Gobiernos generales, á cargo del jefe de la Sección de Gracia y Justicia, para la inscripción de todos los actos enumerados en los arts. 4.°, 73, 95, 96 y 102 del reglamento de 6 de Noviembre de 1884: 2.°, en todos los juzgados municipales, á cuyo cargo se halla la inscripción de los actos enunciados en el art. 5.° de dicho reglamento: 3.°, en las alcaldías de barrio distantes más de cinco kilómetros de los juzgados municipales para la inscripción de modo provisional de aquellos actos que después han de ser definitivamente inscritos en los registros de los jueces (resolución de la Dirección de Gracia y Justica de 26 de Julio de 1885).

ARTÍCULO 327

Las actas del Registro serán la prueba del estado civil, la cual sólo podrá ser suplida por otras en caso de que no hayan existido aquéllas ó hubiesen desaparecido los libros del Registro, ó cuando ante los Tribunales se suscite contienda.

Siendo el objeto del Registro hacer constar de modo permanente é irrecusable la realidad de todos los actos del estado civil de las personas, es consiguiente el principio general que en este artículo—concordante con los arts. 35 y 36 de la ley de 1870—se consigna.

El estado civil de las personas, dice el art. 327, habrá de probarse por él acta de su inscripción en el Registro; prueba auténtica y solemne, que sólo en extraordinarios casos podrá ser suplida por otras, dentro siempre de las prescripciones del vigente Código civil. Claro es que la ley no admite la retroactividad en sus efectos, y por ello los nacimientos anteriores á 1.º de Enero de 1871, á pesar de que las partidas sacramentales pudieron transcribirse á los Registros civiles — art. 12 del decreto de 1.º de Mayo de 1873—habrán de demostrarse por las certificaciones de los párrocos, lo propio que las defunciones ocurridas antes de la expresada fecha, rigiendo, en cuanto á los matrimonios, lo dispuesto en el art. 53 del presente Código. Realmente las inscripciones anteriores á la época en que empezó á funcionar el Registro, y las relativas á matrimonios anteriores á la promulgación del Código, puede decirse se encuentran dentro de la excepción consignada en el artículo que estudiamos, porque tales actas no existieron, como no existía la efectividad del Registro, ó la posibilidad de su inscripción en el mismo en lo que hace á los matrimonios canónicos, tal y como se determina por el art. 53 ya citado.

Pruebas supletorias para la demostración del estado civil.—En tres casos, á más del que acabamos de exponer, se da lugar á la prueba supletoria del estado civil de las personas, á saber: 1.º Cuando las actas del Registro no hayan existido por no haberse solicitado la inscripción ó porque aun solicitada no se hubiese extendido aquélla en los libros. 2.º Cuando éstos hubiesen desaparecido, ó sin desaparecer totalmente, se hubiese arrancado de sus hojas la partida, ó ésta se presentase como indigna de fe por hallarse raída, sopuntada, testada ó rota en lugar sustancial. 3.º Cuando ante los Tribunales se suscitase contienda acerca de la legitimidad de las actas demostrativas del estado civil.

Así entendemos nosotros el espíritu que informa el texto del art. 326, siquiera su letra no sea tan explícita; porque, como decía el ilustre autor de las *Concordancias*, no habrá de negarse la

prueba subsidiaria al que por omisión y culpa del encargado del Registro no puede producirla ordinaria, auténtica y legal, á causa de haberse sustraído, roto ó inutilizado el acta de la inscripción en los libros, siquiera éstos se conserven.

Las pruebas supletorias serán, desde luego, las generalmente admitidas en el derecho; mas si se trata de la prueba de la filiación de hijos legítimos, y no existiese el acta de nacimiento, ó en su defecto, documento auténtico, sentencia firme ó posesión de estado, no es admisible la testifical, necesitándose siempre un principio de prueba escrita que provenga de ambos padres conjunta ó separadamente (art. 117 del Código civil).

Por último, el art. 327 es una reproducción del principio ya consignado en el art. 53 sobre la fuerza probatoria de las actas del Registro civil para los matrimonios contraídos después de regir el Código; debiendo, en cuanto á las pruebas de la mera presunción de muerte de un ausente, atemperarse los tribunales á las disposiciones del cap. 4.º del presente libro del Código, sin que ese hecho pueda reputarse legalmente cierto, sino transcurridos seis meses desde la publicación oficial de la sentencia en que así se declare; la cual deberá anotarse en el Registro civil conforme al art. 60, núm. 14, de la ley de 1870.

ARTICULO 328

No será necesaria la presentación del recién nacido al funcionario encargado del Registro para la inscripción del nacimiento, bastando la declaración de la persona obligada á hacerla. Esta declaración comprenderá todas las circunstancias exigidas por la ley, y será firmada por su autor, ó por dos testigos á su ruego, si no pudiere firmar.

Este artículo ha modificado de modo muy importante los artículos 45, 46, 47 y 48 de la ley del Registro civil. Ya no será en caso alguno necesaria la presentación al encargado del Registro de la persona del recién nacido, ni el juez municipal deberá, en defecto de esa presentación, trasladarse al lugar donde

aquél se encuentre antes de proceder á la inscripción del nacimiento, ni, finalmente, será necesario hacer constar en los asientos de los libros tal particular. El Código deja, sin embargo, subsistente el art. 48 de la ley del Registro, en cuanto hace relación á las circunstancias que, debiendo transcribirse en el acta, habrán de ser consignadas en la declaración escrita y firmada por quien la produzca, ó en su defecto por dos testigos; declaración que ha de formularse ante el encargado del Registro, dentro del improrrogable plazo de tres días siguientes al del nacimiento. Asimismo continúan en vigor todos los demás preceptos de la ley y reglamento del Registro civil y posteriores disposiciones relativas á la inscripción de los nacimientos, como con perfecta claridad se deduce del texto del artículo que ha sido objeto del presente comentario.

ARTÍCULO 329

En los matrimonios canónicos será obligación de los contrayentes facilitar al funcionario representante del Estado que asista á su celebración todos los datos necesarios para su inscripción en el Registro civil. Exceptúanse los relativos á las amonestaciones, los impedimentos y su dispensa, los cuales no se harán constar en la inscripción.

Dos conceptos aparecen determinados en este artículo, á saber: la obligación en los contrayentes de matrimonio canónico de facilitar al encargado del Registro civil todos los datos enumerados en el art. 9.° de la instrucción de 26 de Abril de 1889, para que aquel pueda redactar la correspondiente inscripción; y el mandato de que no deberán expresarse en el acta los antecedentes relativos á las amonestaciones, impedimentos y dispensas; particulares que exigía constasen en el Registro el art. 67 de la ley de 1870, que ya sólo será, por tanto, aplicable á los matrimonios no celebrados canónicamente.

En verdad que el presente art. 329 no es sino el necesario complemento del 77; y no vacilamos en afirmar que, salvo el

caso en que la resistencia á facilitar los datos precisos para la inscripción constituya delito, el juez municipal habrá de proceder á imponer la correspondiente multa, puesto que, bien se produzca la negativa en el momento de celebrarse el matrimonio, bien al transcribir el acta provisional levantada por el delegado cuando el juez considere ésta deficiente, siempre resultará la imposibilidad de la inscripción merced á la negligencia ó mala fe de los contrayentes.

El mandato de la ley sería, por otra parte, ocioso, si ésta no garantizase su eficacia mediante la cláusula penal; de manera que, aun cuando en el artículo que analizamos no se establezca multa imponible á los contrayentes que no faciliten los datos precisos para la inscripción del matrimonio religioso, los jueces vienen facultados á su imposición, tanto por el principio que integra la base 9.ª del Código, como porque el art. 331 no es otra cosa que el natural desarrollo de esa base. Si conforme á ella se ha de mantener en el Código la obligación, garantida *con cláusula penal*, de inscribir los actos y *facilitar las noticias necesarias para su inscripción*, y si el art. 331 faculta á los jueces para corregir las infracciones de lo dispuesto en la ley sobre el Registro civil, parécenos indiscutible que cuando los contrayentes del matrimonio canónico no cumplan las prevenciones del artículo 329, incurrirán en una multa de 20 á 100 pesetas, sin perjuicio de mayores responsabilidades si su negativa revistiese caracteres de delito ó falta.

Según la Real orden de 12 de Julio de 1904, la obligación de suministrar los datos necesarios para que pueda verificarse la inscripción del matrimonio, se llena verbalmente en el momento mismo de extenderse el acta de su celebración, y nada hay más lejos del espíritu del precepto del art. 329, que el exigir documentalmente la comprobación de tales datos.

ARTÍCULO 330

No tendrán efecto alguno legal las naturalizaciones mientras no aparezcan inscritas en el Registro,

cualquiera que sea la prueba con que se acrediten y la fecha en que hubiesen sido concedidas.

El efecto legal de las naturalizaciones no podrá nunca producirse, sino á contar de la fecha en que aquéllas se inscriban en el Registro civil. Es absolutamente necesario á los fines del derecho determinar el momento preciso en que el extranjero adquiere la nueva nacionalidad, ó el español que la perdió vuelve á recuperarla; así como conviene conocer, de modo indubitable, desde cuándo el nacido fuera de España adquirió la vecindad en el territorio, ó el natural de la nación española que no quiso perder la nacionalidad al trasladar fuera del Reino su domicilio hizo tal declaración solemne. Y ese momento ha querido el artículo que estudiamos, como lo quiso también el 96 de la ley de 1870, arranque del día en que conste hecha la oportuna inscripción en el Registro civil. Sea, por tanto, cualquiera la fecha de la carta de naturaleza ó de la vecindad ganada por el transcurso del tiempo, ínterin el extranjero que pretende adquirir la nacionalidad, ó el español que desee recuperarla ó conservarla, no acudan al encargado del Registro, en la forma y con la documentación prevenida en los arts. 18 al 26 del Código civil, y 97 al 111 de la ley de 17 de Junio de 1870, no surte efectos civiles el cambio ó la conservación de la nacionalidad que se pretenda poseer.

Por lo que se ve, el art. 326 no ha hecho otra cosa que aplicar á la naturalización ó ciudadanía el principio común á la filiación y al matrimonio, cuyos efectos civiles tampoco surgen, sino desde que quedan inscritos tales actos, salvo la especialísima excepción de los matrimonios *in articulo mortis* admitida en el art. 78, si la partida sacramental se presentase al Registro dentro precisamente del plazo de diez días siguientes á la celebración de aquéllos.

Nada dice el artículo motivo del comentario acerca de los efectos civiles del cambio de vecindad de los españoles procedentes de territorios ó provincias aforadas, ó viceversa. Mas si

se recuerda el precepto general del art. 14 del presente Código, según el cual lo establecido respecto á las personas, los actos y los bienes de los españoles en el extranjero, y de los extranjeros en España, es aplicable á las personas, actos y bienes de los españoles en territorios ó provincias de diferente legislación civil, no podrá caber duda que, cual acontece en las naturalizaciones, la vecindad de los españoles en territorio de diferente legislación civil producirá sus efectos tan sólo desde el día de la inscripción del acto en el Registro correspondiente.

ARTÍCULO 331

Los Jueces municipales y los de primera instancia, en su caso, podrán corregir las infracciones de lo dispuesto sobre el Registro civil, que no constituyan delito ó falta, con multa de 20 á 100 pesetas.

Extensión de las facultades correctivas de los jueces municipales y de primera instancia.—Un discreto comentarista manifiesta, al hablar de las atribuciones que el Código civil concede á los jueces municipales y á los de primera instancia, en su caso, en materia de imposición de multas, que tal facultad debe de referirse al único supuesto de que los contrayentes de matrimonio canónico no facilitasen al juez ó á su delegado los datos precisos para la inscripción del acto. No lo entendemos así, tanto porque después de la letra explícita del art. 77, en el cual se especifican las multas de 5 á 80 pesetas y de 20 á 100, imponibles por diversas infracciones, sería el presente artículo una verdadera redundancia, cuanto porque en él se habla, de modo general y extensivo, de todas las infracciones contra la ley del Registro que puedan cometerse por los que de uno ú otro modo intervienen ó coadyuvan á su buen funcionamiento.

Creemos por lo expuesto que lo preceptuado en el art. 331 envuelve una notable modificación de la ley y reglamento del Registro civil; modificación que responde á lo prevenido por la ley de 11 de Mayo de 1888, la cual en su base 6.ª mantuvo, no

sólo la obligación de inscribir los actos ó facilitar las noticias necesarias para las respectivas inscripciones en el Registro, sino que sancionó con cláusula penal tales deberes para su exacto é ineludible cumplimiento.

Y ahora se presenta ya sencillísima la inteligencia del artículo que analizamos, porque los jueces municipales, tan pronto tengan noticia de que la persona obligada por la ley á producir el parte para las inscripciones no lo produce, ó se resiste á facilitar los necesarios datos, entorpeciendo con ello el buen funcionamiento del Registro, deberán declarar *ipso facto* á tal persona incursa en responsabilidad, imponiendo la multa de 20 á 100 pesetas, ó entregando á los tribunales el asunto, si la infracción revistiese caracteres de delito ó falta.

Y claro es que tales responsabilidades no sólo serán aplicables á las personas que de modo directo deben hacer inscribir ó facilitar los datos precisos á la inscripción, sino á los funcionarios públicos, á los médicos, á los encargados de cementerios, jefes de establecimientos benéficos ó penitenciarios, y en suma, á cuantos por razón de sus respectivos cargos son llamados en concepto de auxiliares á intervenir en los actos concernientes al Registro civil de las personas.

Háblase en el artículo de la concesión de iguales facultades disciplinarias, *para en su caso*, á los jueces de primera instancia. ¿Qué es lo que el Código ha querido significar con tal mandato? Pues, á nuestro juicio, lo que el Código dispone es que, así como los jueces municipales corrigen, en concepto de encargados del Registro, las omisiones que por cualquier persona se cometan, ellos, á su vez quedan sometidos á la inspección de los jueces de primera instancia, quienes, como ya prevenía el art. 43 de la ley del Registro, podrán imponer la multa de 20 á 100 pesetas, ó proceder á lo que hubiere lugar, según la gravedad de la infracción cometida por el juez municipal. Este, en concepto de funcionario á quien viene encomendado de modo general el Registro civil, se halla siempre, conforme ordena el art. 8.º del reglamento, bajo la inspección inmediata y constante del juez

de primera instancia, y de ahí la potestad de corregirle, rectamente atribuída á los jueces de partido, bien en actos de visita ordinaria (art. 96 del reglamento), bien por la denuncia de carácter público que cualquier persona puede formular sobre informalidades, fraudes, abusos ó faltas de otro género en la gestión del Registro civil ante los jueces de primera instancia (artículo 98 del reglamento).

El Código civil, por consiguiente, no sólo ha dejado subsistentes las prevenciones de la ley y reglamento del Registro respecto á multas y otras responsabilidades exigibles á los jueces municipales, así como la especial de que habla el art. 75 de dicha ley, en cuanto al enterramiento de un cadáver sin licencia del juez municipal, sino que aparte de las multas relacionadas en el art. 77 del presente libro, establece sanción efectiva para todas las infracciones que los funcionarios auxiliares ó cualquier particular cometan en todo lo relacionado con el funcionamiento del Registro civil de las personas.

Con tan acertada previsión, no serán, afortunadamente, letra muerta las importantísimas disposiciones de las leyes y reglamentos dictados para el debido desarrollo de la institución del Registro, cuyas actas solemnes deben ser el irrecusable testimonio del verdadero estado civil de los ciudadanos, y la prueba auténtica y privilegiada de su personalidad en el derecho.

ARTÍCULO 332

Continuará rigiendo la ley de 17 de Junio de 1870, en cuanto no esté modificada por los artículos precedentes.

La claridad del texto legal no requiere explicación alguna. No sólo continuará vigente la ley del Registro civil de 17 de Junio de 1870, en cuanto no esté modificada por las disposiciones del presente título y el cuarto de este primer libro del Código, sino el reglamento de 13 de Diciembre y circular de 22 del mismo mes y año, los decretos de 5 de Septiembre de 1871,

26 de Agosto de 1872 y Real orden de 28 de Abril de 1885, organizando el Registro civil en los consulados y agencias consulares para los españoles residentes en el extranjero; las instrucciones circuladas en 17 de Enero, 19 y 20 de Noviembre de 1872, á fin de procurar el exacto cumplimiento de la ley y reglamento; el decreto de 1.º de Mayo de 1873, á su vez modificado esencialmente por el Código civil respecto á su art. 9.º; el Real decreto de 17 de Julio y Real orden de 16 de Octubre de 1874, sobre inscripción de los fallecimientos de militares en campaña; la Real orden de 12 de Enero de 1885, declarada vigente por otras de 14 de Septiembre de 1891 y 16 de Febrero de 1892, para reconstituir los registros en los puntos castigados por los terremotos, y las de 1.º, 5 y 6 de Agosto de 1885, como complementarias de lo dispuesto en el art. 95 de la ley de 1870, y, finalmente, la instrucción de 26 de Abril de 1889, acerca de la manera de inscribir los matrimonios canónicos, y resoluciones aclaratorias de la Dirección de 8 y 11 de Mayo y 12 de Agosto de dicho año (1).

En cuanto á Cuba, Puerto Rico y Filipinas, sabido es que el Código civil se hizo extensivo á dichas islas por Real decreto de 31 de Julio de 1889, y que el Registro civil, planteado en las dos primeras por Real decreto de 16 de Agosto de 1884, empezó á funcionar en 1.º de Enero de 1885, así como el reglamento publicado en 6 de Noviembre para la ejecución de la ley del Registro civil, con las modificaciones introducidas por Real decreto de 8 de Enero de 1884, y aclaraciones posteriores de 5 de Junio del mismo año (*Gacetas* de 7 y 26 de Junio y 15 de Julio de 1885).

Pero la modificación más transcendental que el Código civil ha hecho en la ley del Registro, es, sin duda alguna, en lo relativo á los actos que deben ser inscritos ó meramente anotados, y, por lo tanto, en el modo de llevar los libros y clasificación de

(1) En consonancia con lo dispuesto en el art. 332 del Código de Justicia militar, se dictó en 28 de Octubre de 1891 una importante Real orden acerca de los plazos en que pueden contraer matrimonio los individuos del ejército.

los mismos. Resulta, en efecto, que á más de las cuatro secciones de nacimientos, matrimonios, defunciones y ciudadanía, deberían abrirse otros nuevos libros para la inscripción de la vecindad, conforme al artículo 15 de este Código, sentencias de divorcio y de nulidad del matrimonio (art. 82), y adopción (artículo 179).

Tales actos de la vida civil, unos, como los de vecindad de españoles procedentes de territorios aforados, no debían ser inscritos en el Registro, y otros, como las ejecutorias de divorcio y nulidad y las adopciones, sólo precisaban de la anotación marginal en la partida de nacimiento (art. 60 de la ley del Registro).

Algunos códigos extranjeros, el portugués, por ejemplo, han exigido de modo terminante la inscripción en un libro especial del Registro de los reconocimientos y legitimaciones; pero apartándose nuestro Código de precedentes adoptados en las leyes de otros países, no requiere tal especialidad. Basta que se haga el reconocimiento en el acta de nacimiento, en disposición testamentaria ó en escritura pública, y que en estos dos últimos casos se anote al margen de la inscripción del nacimiento, según previene el ya citado art. 60 de la ley de 1870.

Finalmente, como la Dirección general de los Registros es el centro superior encargado, bajo la alta inspección del Ministro de Gracia y Justicia, de resolver cuantas dudas le consulten los jueces municipales en la forma prevenida por el art. 100 del reglamento de 13 de Diciembre de 1870, sus resoluciones deben ser estudiadas con detenimiento en todo cuanto se relacione con el Registro civil y las disposiciones que, á más del presente Código, regulan su ejercicio y ordenado funcionamiento.

FIN DEL TOMO SEGUNDO

INDICE DEL TOMO SEGUNDO

Páginas.

Páginas.

FIN DEL INDICE DEL TOMO SEGUNDO